



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

## RÉFLEXIONS SUR LE PROTOCOLE N° 16

*[Síofra O'Leary et Tim Eicke, juges élus au titre de l'Irlande et du Royaume-Uni, respectivement. Il s'agit d'une version plus longue de leur exposé livré à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire le (...) janvier 2019, publié in (2018) EHRLR 220-237]*

### I - Introduction

Le 12 avril 2018, la France est devenue la dixième Haute Partie contractante à la Convention européenne des droits de l'homme à avoir déposé son instrument de ratification du Protocole n° 16 à la Convention (« le Protocole »), par l'effet de quoi celui-ci est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018.<sup>1</sup> Depuis lors, Andorre, la Grèce et les Pays-Bas ont eux aussi ratifiés le nouveau Protocole. Ce dernier étend la compétence consultative de la Cour en lui permettant de rendre des avis consultatifs à la demande de juridictions désignées des États parties au Protocole sur des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». <sup>2</sup> Avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, la Cour plénière avait adopté tant les modifications nécessaires au règlement de la Cour que des lignes directrices non contraignantes sur la mise en œuvre de cette nouvelle procédure. Ces lignes directrices visent à offrir une assistance pour l'introduction et la poursuite des procédures. À la date du séminaire organisé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire, la première demande d'avis consultatif, formulée par la Cour de cassation française le 16 octobre 2018, avait été acceptée et était pendante devant la Grande Chambre. À la date de la rédaction de la présente note, la Cour avait rendu son premier avis consultatif dans cette affaire et avait été saisie d'une seconde demande d'avis par la Cour constitutionnelle arménienne.<sup>3</sup>

La présente note abordera des questions essentielles se rapportant à l'entrée en vigueur du Protocole, des questions relatives à la nature et aux effets des futurs avis consultatifs, ainsi que des questions procédurales qui pourront en naître. Nous examinerons tout d'abord, brièvement, la genèse et les origines du Protocole n° 16 (II) et les objectifs censés être poursuivis par cette nouvelle procédure consultative (III), avant de faire une analyse comparative des caractéristiques de la nouvelle procédure (ce que le rapport explicatif appelle les « paramètres clés ») (IV) et de questions procédurales ayant trait au futur traitement des avis au sein de la Cour (V).<sup>4</sup>

En notre qualité de juges en exercice, nous ne considérons en aucun cas que notre rôle soit de louer ou, au contraire, de critiquer le Protocole. À l'évidence, c'est aux Hautes Parties contractantes qu'il

---

<sup>1</sup> Article 8 § 1 du Protocole n° 16. Les neuf autres États qui, jusqu'à présent, ont ratifié le Protocole sont l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Lituanie, Saint-Marin, la Slovénie et l'Ukraine. L'article 6 précise que l'acceptation du Protocole n° 16 est facultative (voir ci-dessous) et que celui-ci n'a pas pour effet d'insérer de nouvelles dispositions dans la Convention pour les Hautes Parties contractantes qui ne l'ont pas accepté.

<sup>2</sup> Voir ci-dessous pour d'autres développements consacrés à ce critère. Bien sûr, les articles 47 à 49 de la Convention prévoyaient déjà les avis consultatifs mais ceux-ci étaient restreints en ce qui concerne tant les entités demanderesses (le Comité des Ministres) que leur champ d'application. Jusqu'en 2008, deux demandes de ce type avaient été formulées et seule l'une d'elles avait été acceptée par la Cour.

<sup>3</sup> Voir le bref addendum ci-dessous pour plus de détails.

<sup>4</sup> Signalons que les avant-projets de modifications du règlement de la Cour avaient été communiqués aux gouvernements et aux ONG intéressées en 2015, en les invitant à présenter leurs observations au plus tard à la fin du mois de novembre 2015. Deux gouvernements et de certaines ONG, collectivement, avaient produit des observations.



revient de décider s'il faut le signer et le ratifier, et à quel moment. Le Protocole étant désormais en vigueur, il revient à la Cour de l'appliquer. La présente note vise simplement à envisager et discuter les conséquences pratiques du Protocole, de signaler aux lecteurs les questions et les éventuels problèmes avant leur apparition et, bien sûr, dans le cadre d'un séminaire annuel consacré au dialogue judiciaire, d'écouter les remarques des juges invités.

Précisons enfin, à titre liminaire, que nous sommes conscients qu'il peut être tentant, lorsqu'on songe aux conséquences du Protocole n° 16, de comparer celui-ci à la procédure de renvoi préjudiciel qui constitue le principal moteur judiciaire de la CJUE. Toutefois, il est important sur ce point de rappeler la conclusion du Groupe des sages dans son rapport de 2006. Travaillant sous la présidence de M. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ancien président de la CJUE, le rapport notait ceci :

« À cet égard, l'instauration d'un mécanisme préjudiciel selon le modèle existant au sein des Communautés européennes a été examinée. Le Groupe est cependant arrivé à la conclusion que le régime communautaire ne se prête pas à une transposition au Conseil de l'Europe. En effet, le mécanisme préjudiciel constitue un modèle alternatif à celui du contrôle judiciaire établi par la Convention, qui présuppose l'épuisement des voies de recours internes. La superposition des deux systèmes poserait des problèmes juridiques et pratiques non négligeables et aurait pour conséquence une surcharge considérable de la Cour. »<sup>5</sup>

Donc si les deux procédures présentent peut-être des similarités et s'il ne fait aucun doute que les enseignements procéduraux et judiciaires à tirer de la procédure établie à Luxembourg pourront être utiles lorsqu'il faudra développer celle établie à Strasbourg, les deux ne sont en aucun cas identiques et n'ont pas vocation à l'être. Ce n'est pas parce que la procédure devant la Cour de Luxembourg est citée qu'il faut y voir des indications contraires.

## II - Genèse

Avant d'en venir en détail aux dispositions matérielles du Protocole, il sera peut-être utile d'en rappeler brièvement les origines et d'évoquer les étapes majeures du cheminement de l'idée consistant à habilitier la Cour à rendre des avis consultatifs à la demande de juridictions nationales.

Le rapport susmentionné du Groupe des sages du Comité des Ministres suggérait tout d'abord ceci :

« (...) il serait utile d'instaurer un régime dans le cadre duquel les juridictions nationales pourraient saisir la Cour de demandes d'avis consultatif sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles. Il s'agirait d'une innovation qui favoriserait le dialogue entre les juges et qui renforcerait le rôle «constitutionnel» de la Cour »<sup>6</sup>.

Ce rapport de 2006 ajoutait ensuite :

« 84. (...) renforcer l'autorité jurisprudentielle attachée à ce type d'avis consultatifs, tous les États parties à la Convention devraient avoir la possibilité de soumettre à la Cour des observations sur les questions juridiques faisant l'objet de la demande d'avis.

85. Le Groupe ne méconnaît pas les répercussions que la prolifération de demandes d'avis pourrait avoir sur la charge de travail de la Cour et sur ses ressources, étant donné qu'il faudrait assurer la traduction des demandes d'avis et des observations des États membres. En

---

<sup>5</sup> Rapport du groupe des sages au Comité des Ministres, Document CM(2006)203 ([https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893) ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019), §80.

<sup>6</sup> *Ibidem*, § 81.

outre, rendre de tels avis ne constituerait pas la fonction juridictionnelle principale de la Cour. Par conséquent, il faudrait soumettre la nouvelle compétence consultative de la Cour à des conditions strictes.

86. À cet égard, il est proposé que :

- a) seules les juridictions de dernière instance et les juridictions constitutionnelles puissent présenter une demande d'avis ;
- b) les avis ne puissent porter que sur des questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles ;
- c) la Cour puisse refuser discrétionnairement de répondre à une demande d'avis. Ainsi, par exemple, la Cour pourrait considérer qu'elle ne devrait pas répondre, compte tenu de l'état de sa jurisprudence ou bien parce que l'objet de la demande d'avis interfère avec celui d'une affaire pendante. Elle ne devrait pas avoir à motiver son refus. »

L'étape suivante apparaît être une proposition conjointe d'experts néerlandais et norvégiens, formulée en janvier 2009, tendant à étendre la compétence consultative de la Cour :<sup>7</sup>

- « a. Une demande d'avis consultatif pourrait être réservée aux cas révélant un éventuel problème systémique ou structurel (une proposition alternative limiterait les demandes aux affaires concernant la compatibilité du droit national avec la Convention).
- b. Une demande ne pourrait être soumise que par une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.
- c. Une demande par une Cour nationale devrait toujours être facultative.
- d. La Cour devrait bénéficier d'une liberté totale d'appréciation pour refuser de traiter une demande, sans qu'elle ait à justifier sa décision.
- e. Tout Etat partie à la Convention devrait avoir la possibilité de soumettre à la Cour des observations écrites sur les questions juridiques pertinentes.
- f. La Cour devrait accorder la priorité aux demandes d'avis consultatifs.
- g. Un avis consultatif ne devrait pas lier l'Etat partie dont la juridiction nationale en a fait la demande.
- h. Le fait que la Cour ait donné un avis consultatif sur une question ne devrait en aucun cas restreindre le droit du requérant à adresser la même question à la Cour selon l'article 34 de la Convention.
- i. L'extension de la compétence de la Cour à cet égard serait introduite dans la Convention. »

En février 2012, dans l'optique de la Conférence de Brighton programmée pour le mois d'avril de cette année-là, la Cour publia un document de réflexion sur la proposition d'étendre sa compétence consultative.<sup>8</sup>

La Déclaration de Brighton du 20 avril 2012 dit ceci :

« (...) l'interaction entre la Cour et les autorités nationales pourrait être renforcée par l'introduction dans la Convention d'un pouvoir supplémentaire de la Cour, que les Etats

<sup>7</sup> Exposée dans le document CDDH(2012)R74 addendum I, annexe V (<https://rm.coe.int/090000168045fdc5>; dernière consultation en date le 23 septembre 2019).

<sup>8</sup> [https://echr.coe.int/Documents/Courts\\_advisory\\_jurisdiction\\_FRA.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_FRA.pdf); dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention dans le contexte d'une affaire particulière au niveau national, sans préjudice du caractère non contraignant de ces avis pour les autres Etats parties ; invite le Comité des Ministres à rédiger le texte d'un protocole facultatif à la Convention à cet effet d'ici fin 2013 ; et invite en outre le Comité des Ministres à décider ensuite s'il y a lieu de l'adopter »<sup>9</sup>.

Les actes de la conférence de Brighton faisaient mention de l'intervention suivante du chef de la délégation néerlandaise :

« Nous sommes particulièrement satisfaits qu'il soit fait état d'un protocole facultatif sur les avis consultatifs. Nous estimons que le dialogue entre la Cour et les ordres juridiques internes, ainsi que le principe de subsidiarité, s'en trouveront renforcés. L'instauration des avis consultatifs visera à alléger la charge de travail de la Cour sur le long terme. »<sup>10</sup>

Le 6 mai 2013, une fois la rédaction du Protocole achevée, la Cour adopta l' « Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention »<sup>11</sup> et le Protocole n° 16 fut ouvert à la signature le 2 octobre 2013.

### III - Buts et objectifs de la procédure consultative

Selon le préambule du Protocole n° 16, l'extension de la compétence consultative de la Cour vise à renforcer l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité.<sup>12</sup> Comme on peut le voir à la lumière de sa genèse et de son origine, la procédure consultative est censée être une autre manifestation concrète de ce principe.

La subsidiarité est bien entendu un principe à deux facettes. Le rôle consultatif de la Cour est subsidiaire car ce sont les États membres qui ont la responsabilité première de protéger les droits de l'homme dans le cadre de leur juridiction. Ainsi, les avis consultatifs sont censés leur offrir une assistance de manière à prévenir les violations futures, à faciliter la bonne interprétation de la Convention dans les ordres juridiques nationaux et, ainsi, à renforcer le dialogue entre les juges. Dans ce processus, il faut espérer que les avis consultatifs permettront de désengorger la Cour qui, malgré une remarquable réduction de son stock d'affaires au cours des récentes années grâce à la mise en place de nouvelles procédures et méthodes de travail,<sup>13</sup> est confrontée à un nombre intenable de requêtes individuelles et à une baisse de ses ressources financières aux fins de leur traitement.

La procédure a pour but non pas de transférer à la Cour des litiges nationaux, mais plutôt de donner à la juridiction demanderesse une orientation sur des questions relevant de la Convention lorsqu'elle statuera ultérieurement sur les affaires dont elle est saisie. C'est ce que traduisent les conditions

<sup>9</sup> Paragraphe 12 d) de la Déclaration de Brighton.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805caa07> ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

<sup>10</sup> <http://rm.coe.int/high-level-conference-on-the-implementation-of-the-european-convention/1680695a9c>.

<sup>11</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/2013\\_Protocol\\_16\\_Court\\_Opinion\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf) ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

<sup>12</sup> Signalons que, le Protocole n° 16 étant entré en vigueur avant le Protocole n° 15, la première référence expresse à la subsidiarité dans la Convention sera tirée du premier et non du dernier et sera la conséquence d'une ratification par un nombre réduit d'États contractants.

<sup>13</sup> Nombre (arrondi au plus haut) d'affaires attribuées à une formation judiciaire de la Cour : 150 000 en 2011 ; 65 000 en 2015 ; 80 000 en 2016 ; et 30 500 entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 août 2019.

procédurales examinées ci-dessous. L'idée est vraisemblablement que si une juridiction supérieure suit l'avis consultatif de la Cour, l'interprétation de la Convention livrée par cette dernière recueillera davantage d'adhésion dans le système juridique interne puisque (en fait ou en droit) les juridictions inférieures feront ce que leur diront les juridictions supérieures.

#### **IV - Paramètres clés de la procédure consultative**

Les articles 1 et 5 établissent les paramètres ou caractéristiques clés de la procédure.

##### **1. Quelles juridictions peuvent demander un avis consultatif ?**

Les avis consultatifs peuvent être sollicités par les « plus hautes juridictions (...) telles que désignées [par la Haute Partie contractante] conformément à l'article 10 »<sup>14</sup>.

L'emploi de l'expression « plus hautes », par opposition à « suprêmes », et la possibilité ou l'obligation pour les Hautes Parties contractantes de préciser quelles juridictions internes peuvent saisir la Cour pour avis consultatif traduisent une conception plus permissive que celle initialement prévue (qui limitait ce droit aux « juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit national »). L'idée apparaît être de permettre aux juridictions qui, bien qu'inférieures à la Cour constitutionnelle ou à la Cour suprême, n'en sont pas moins importantes puisqu'elles sont les « plus hautes » pour telle ou telle catégorie d'affaires. L'idée est aussi d'offrir la souplesse nécessaire pour s'adapter aux particularités des 47 systèmes judiciaires nationaux différents.

La limitation des juridictions habilitées à demander un avis consultatif vise non seulement à refléter la règle de l'épuisement des voies de recours internes mais aussi à éviter une multiplication des demandes et à indiquer le niveau approprié auquel devrait se dérouler le dialogue judiciaire voulu. Comme le montrent les déclarations déposées jusqu'à présent, les conceptions varient considérablement d'une Haute Partie contractante à l'autre. Ainsi, la Finlande a déclaré que la Cour suprême, la Cour administrative suprême, le Tribunal du travail et le Tribunal des assurances pouvaient chacun demander des avis consultatifs.<sup>15</sup> À l'inverse, l'Estonie et l'Ukraine ont déclaré que seule leur Cour suprême pouvait le faire,<sup>16</sup> tandis que la Roumanie, qui a signé le Protocole mais ne l'a pas ratifié, a désigné quinze cours d'appel, la Haute Cour de cassation et de justice et la Cour constitutionnelle.

##### **2. Caractère facultatif de la procédure consultative – demande et retrait**

Les juridictions désignées *peuvent* solliciter la Cour pour avis.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Voir article 1 § 1 du Protocole n° 16. Aux termes de l'article 10 § 2 du Protocole, les Hautes Parties contractantes peuvent modifier à tout moment leurs déclarations désignant les juridictions pour les besoins de l'article 1 § 1.

<sup>15</sup> Déclaration accompagnant l'instrument de ratification déposé le 7 décembre 2015.

<sup>16</sup> Déclarations accompagnant les instruments de ratification déposés le 31 août 2017 par l'Estonie et le 22 mars 2018 par l'Ukraine, respectivement.

<sup>17</sup> Voir article 1 § 1 du Protocole n° 16 et article 92 § 1 du règlement. C'est la première différence majeure que l'on constate par rapport à la procédure de renvoi préjudiciel de l'UE. Voir en particulier l'arrêt *Cilfit et autres*, 283/81, UE:C:1982:335, § 21 : « l'article [267, alinéa 3 TFUE], doit être interprété en ce sens qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne *est tenue*, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ». En outre, il faut évoquer les renvois préjudiciels sur la validité d'actes communautaires : « [c]es juridictions peuvent examiner la validité d'un acte communautaire et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide (...) En revanche, elles n'ont pas le pouvoir de

Malgré le caractère facultatif de la procédure, plusieurs questions intéressantes risquent de se poser. Par exemple, si l'une des parties à une procédure interne prie expressément la juridiction suprême de demander un avis, laquelle a compétence pour ce faire, celle-ci est-elle tenue de motiver son refus ? On peut faire l'analogie avec la jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 de la Convention, qui impose aux juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'appel en droit interne de motiver celles-ci, en se fondant sur le droit applicable, et avec les exceptions prévues dans la jurisprudence de la CJUE lorsque ces juridictions refusent le renvoi préjudiciel sur l'interprétation du droit de l'UE.<sup>18</sup> Toutefois, il existe bien sûr des distinctions importantes – surtout le caractère obligatoire de la procédure de renvoi préjudiciel de l'UE pour les juridictions de dernier ressort (assorti de certaines exceptions bien définies) ou l'importance de la procédure de renvoi préjudiciel dans le cadre de la présomption d'équivalence que la Cour de Strasbourg applique lorsqu'il s'agit de protéger les droits fondamentaux au sein de l'UE.<sup>19</sup>

Non seulement la procédure consultative est facultative mais aussi la juridiction demanderesse peut, selon le rapport explicatif, retirer sa demande. L'article 92 § 2.3 du règlement prévoit que, en cas de retrait de la demande, la juridiction qui en est l'auteur en avertit le greffier et que, à réception de cette notification, la Cour clôt la procédure.

Rien ne permet de dire si une demande doit être retirée dans un délai particulier. Par exemple, si la Cour a prévu une date pour le prononcé d'un avis consultatif, la juridiction nationale demanderesse peut-elle retirer sa demande à un stade aussi avancé ?<sup>20</sup> Une solution, par analogie avec la procédure contentieuse devant la Cour, consisterait à ce qu'un tel retrait soit possible à tout moment antérieurement au prononcé de l'avis par la Grande Chambre. Seul le temps permettra de dire s'il faudra assortir le droit de retrait d'un certain délai.

Le retrait soulève également des questions se rapportant à la notification de la clôture de la procédure consultative par la Cour en vertu de l'article 92 § 2.3 du règlement. La Cour est-elle chargée d'en avertir l'État membre d'où la demande émane, les parties, les tiers intervenants, etc. ? Est-ce qu'il faudra un type particulier d'ordonnance ou d'acte pour communiquer la radiation ou la clôture ? Dans l'affirmative, il faudra songer à sa forme et à son libellé. Ces questions peuvent sembler banales mais, compte tenu de la charge de travail et des ressources limitées de la Cour, elles peuvent avoir une importance administrative considérable, en fonction du « trafic » judiciaire que le nouveau Protocole générera.

### **3. Quels types de questions relèvent du champ d'application de la procédure consultative ?**

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, aux termes de l'article 1 § 1 du Protocole n° 16, les avis consultatifs peuvent être demandés sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». Le texte de cette disposition

---

déclarer invalides les actes des institutions communautaires (...) la cohérence du système exige que le pouvoir de constater l'invalidité du même acte, si elle est soulevée devant une juridiction nationale, soit également réservé à la Cour » (*Foto Frost*, 314/85, UE:C:1987:452, paragraphes 14, 15 et 17). Sur le retrait d'un renvoi préjudiciel, voir ci-dessous concernant les délais.

<sup>18</sup> Voir, à titre divers, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n° 3989/07 et 38353/07, 20 septembre 2011, *Dhahbi c. Italie*, n° 17120/09, 8 avril 2014, *Schipani et autres c. Italie*, n° 38369/09, 21 juillet 2015, *Baydar c. Pays-Bas*, n° 55385/14, 24 avril 2018, et *Repevirág Szövetkezet c. Hongrie*, n° 70750/14, 30 avril 2019.

<sup>19</sup> Voir, en particulier, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, §§ 160-65, CEDH 2005-VI, *Michaud c. France*, n° 12323/11, §§ 112-115, CEDH 2012, et *Avotiņš c. Lettonie* [GC], n° 17502/07, § 110, CEDH 2016.

<sup>20</sup> Le règlement de procédure de la CJUE a été modifié en 2012 pour éviter cette possibilité – voir l'article 100 § 1 : « (...) Le retrait d'une demande [de décision préjudicielle] peut être pris en compte jusqu'à la signification de la date du prononcé de l'arrêt aux intéressés visés à l'article 23 du statut. »

reprend celui de l'article 43 § 2 de la Convention concernant les renvois devant la Grande Chambre, même si bien sûr les deux procédures sont très différentes.

Ce sera à la Cour, et en particulier au collège établi par l'article 2 § 1 du Protocole, de définir ce qui relève du champ d'application de la procédure consultative, lorsqu'il faudra juger si une demande d'avis consultatif doit être acceptée. Il faut s'attendre à ce qu'une jurisprudence se développe – à partir des motifs avancés par le collège pour refuser de telles demandes – sur les critères permettant de dire quelles questions relèvent ou non du Protocole n° 16. C'est manifestement ce qui s'est produit devant la CJUE, qui dispose d'une riche jurisprudence à la fois sur la question des limites de la compétence consultative et sur celle de la recevabilité des demandes de renvoi préjudiciel.<sup>21</sup> Il faut toutefois noter que la Cour elle-même a prévu en 2013 que la « motivation [de refus] ne sera[it] normalement pas (...) détaillée ».<sup>22</sup>

Le développement d'une telle jurisprudence revêtira peut-être aussi ultérieurement un intérêt pour les auteurs de demandes de renvoi devant la Grande Chambre basées sur l'article 43 § 2 et pour les travaux du collège de Grande Chambre lui-même. Ce dernier ne motivant pas ses décisions d'acceptation ou de refus,<sup>23</sup> il n'existe aucune jurisprudence établie sur ce qui constitue, au sens de l'article 43 § 2, une « question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère général ». Des indications en la matière ne pouvaient jusqu'à présent qu'être déduites des types d'affaires dont le renvoi avait été accepté par le collège (dans la mesure du possible) et du rapport explicatif du Protocole n° 11, qui évoque les questions importantes d'interprétation et d'application de la Convention, les affaires où il peut y avoir lieu de revenir sur une jurisprudence constante et les affaires soulevant une question importante d'intérêt général.

#### **4. Quand un avis consultatif peut-il être demandé ?**

Un avis consultatif ne peut être rendu que dans le cadre d'une affaire pendante devant la juridiction demanderesse.<sup>24</sup> La procédure n'est pas censée permettre un réexamen dans l'abstrait de la législation.

Pour reprendre l'exemple du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), la question se posera de savoir si la Cour de Strasbourg aura à développer une jurisprudence pour « régler » cette condition. S'agissant d'une procédure censée renforcer le dialogue judiciaire et reposer implicitement sur le principe de collaboration loyale – bien qu'il ne s'agisse pas d'un principe formellement établi –, il faudra accorder une grande confiance à la juridiction demanderesse. Toutefois, même l'existence d'un principe reconnu de collaboration loyale en droit de l'UE n'a pas empêché la Cour de Luxembourg à certaines occasions, fussent-elles rares, de refuser de rendre une décision préjudicielle dans des circonstances où elle avait jugé que l'affaire pendante était fictive ou que le litige n'était pas réellement pendant.<sup>25</sup> En outre, depuis les années 1990, la

---

<sup>21</sup> Voir le répertoire de jurisprudence de la CJUE, consultable à l'adresse [https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_3/tab\\_index\\_3\\_04.htm](https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_3/tab_index_3_04.htm) ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

<sup>22</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention, § 9 [http://www.echr.coe.int/Documents/2013\\_Protocol\\_16\\_Court\\_Opinion\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf); dernière consultation en date le 23 septembre 2019.

<sup>23</sup> Voir le paragraphe 105 du rapport explicatif du Protocole n° 11.

<sup>24</sup> Article 1 § 2 du Protocole n° 16.

<sup>25</sup> Voir, par exemple, *Foglia c. Novello*, 244/80, UE:C:1981:302, par. 18-20 : « [i]l faut en effet souligner que l'article [267] donne mission à la Cour non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l'administration de la justice dans les États d'interprétation qui lui seraient posées dans le cadre de constructions procédurales arrangées par les parties en vue d'amener la Cour à prendre position sur certains problèmes de droit communautaire qui ne répondent pas à un besoin objectif

Cour de Luxembourg a développé une riche jurisprudence examinant la question de savoir si les conditions de recevabilité tirées de l'article 267 TFUE, du statut et du règlement de procédure ont été satisfaites. Bref, tout comme la CJUE a mis l'accent sur son droit et son devoir de contrôler les limites de sa propre compétence, la Cour de Strasbourg, une fois que le Protocole n° 16 sera en vigueur, devra envisager – sans doute avec le temps et le bénéfice de l'expérience pratique – si et jusqu'où il lui faudra « régler » le respect de cette condition et dans quelle mesure elle pourra s'appuyer sur un principe équivalent de collaboration loyale qui, s'il n'est pas énoncé expressément, peut à tout le moins être déduit implicitement.

Concernant le rejet des demandes impliquant un réexamen dans l'abstrait de la législation sur le terrain de Protocole n° 16, le débat conduit en France dans le cadre des préparatifs de la ratification du Protocole peuvent revêtir un certain intérêt. Le projet de loi autorisant la ratification du Protocole fut présenté à l'Assemblée nationale le 20 décembre 2017. Il désignait le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel comme étant les trois plus hautes juridictions pouvant saisir la Cour de Strasbourg en vertu du Protocole n° 16. La désignation de la troisième juridiction, dont la fonction est de contrôler la conformité de la législation à la Constitution française, suscita des questions se rapportant au point de savoir si une demande d'avis consultatif formulée par le Conseil constitutionnel serait conforme aux critères établis par le Protocole exigeant que la demande vise à recueillir des indications dans une affaire concrète, en excluant tout réexamen abstrait.<sup>26</sup> C'est sans aucun doute dans le droit interne qu'il faut trouver la réponse à cette question. Toujours est-il que ce débat montre à quel point les opinions sur les juridictions internes habilitées à demander un avis risquent de varier considérablement d'un État à l'autre.

### **5. La nature et les effets jurisprudentiels d'un avis consultatif**

Comme l'indique clairement l'article 5 du Protocole, les avis consultatifs ne sont pas contraignants.

Dans le cadre du dialogue judiciaire à l'occasion desquels les avis sont rendus, c'est à la juridiction demanderesse qu'il revient de décider des effets de l'avis consultatif dans la procédure interne conduite devant elle.

En outre, le prononcé d'un avis consultatif n'empêcherait pas une partie à l'affaire d'exercer ultérieurement son droit de recours individuel garanti par l'article 34 de la Convention. Si une requête est introduite consécutivement à une procédure dans le cadre de laquelle un avis consultatif de la Cour a effectivement été suivi, il peut être escompté que certains éléments de la requête se rapportant aux questions évoquées dans cet avis seront déclarés irrecevables ou rayés du rôle. Il est toutefois possible que la manière dont Cour traiterait une telle requête soit différente étant donné que celle-ci contestera vraisemblablement l'interprétation par les juridictions nationales de l'avis

---

inhérent à la solution d'un contentieux (...) Si l'esprit de collaboration qui doit présider à l'exercice des fonctions assignées par l'article [267], respectivement, au juge national et au juge communautaire impose à la Cour le devoir de respecter les responsabilités propres du juge national, il implique en même temps que le juge national, dans l'usage qu'il fait des possibilités ouvertes par l'article [267], ait égard à la fonction propre remplie en la matière par la Cour ». Voir aussi l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du Cameroun septentrional (*Cameroun c. Royaume-Uni, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 37 : « même si, une fois saisie d'une requête, [la CIJ] estime avoir compétence, elle n'est pas obligée d'exercer cette compétence dans tous les cas. Si [elle] est convaincue (...) qu'il serait incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur le fond d'une requête, elle doit refuser de le faire ». Pour une expression récente du principe communautaire de collaboration sincère, voir *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, C-64/16, UE:C:2018:117.

<sup>26</sup> Voir, par exemple, P. Cassia, « Le Conseil Constitutionnel et la procédure d'avis devant la Cour de Strasbourg », 9 janvier 2018 (<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080118/le-conseil-constitutionnel-et-la-procedure-d-avis-devant-la-cour-de-strasbourg> ; dernière consultation en date le 23 septembre 2019). Pour une discussion dans une affaire récente devant la Cour sur le type de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, voir *Charron et Merle Montet c. France* (déc.), n° 22612/15, 16 janvier 2018, §§ 26-29.



consultatif rendu par la Cour plutôt que l'interprétation de la Convention elle-même. Bien évidemment, cette question reste en suspens pour l'instant.

Toujours est-il que – et ce sont des opinions très personnelles – l'instauration de la procédure consultative offre à la Cour d'énormes possibilités et présente pour elle de grands défis.

D'un côté, la Cour a la possibilité, en raison du caractère plus « constitutionnel » de la nouvelle procédure<sup>27</sup>, d'exprimer, de clarifier ou d'étoffer des principes généraux dans un contexte plus large que ne le permettent les faits individuels d'une affaire individuelle. La voie de la requête individuelle ouverte par l'article 34 présente le risque – dans certains cas, dans certaines circonstances et dans le cadre de certaines questions relevant de la Convention – de masquer les principes généraux selon l'intérêt que la formation judiciaire saisie portera à leur application dans les circonstances d'une affaire donnée.<sup>28</sup>

Les défis que présente le Protocole n° 16 seront selon nous nombreux, mais deux en particulier méritent d'être soulignés.

a) Premièrement, la Cour rendra un avis consultatif énonçant les principes généraux à appliquer en matière d'interprétation et d'application de la Convention mais, pour toute requête individuelle postérieure à la conclusion de la même affaire au niveau interne, il lui faudra demeurer cohérente et constante pour ce qui est aussi bien de l'expression de ces mêmes principes que de leur application aux faits de l'espèce. L'affaire *Schatschaschwili c. Allemagne*, sur l'impossibilité d'interroger les témoins absents dont la déposition a eu un poids considérable dans la condamnation du requérant, offre un bon exemple des difficultés qui peuvent surgir. Ainsi qu'il ressort de l'opinion dissidente commune, les juges minoritaires qui étaient en faveur d'un constat de non-violation étaient néanmoins d'accord avec la majorité s'agissant des principes généraux établis par l'arrêt. Ils ne se sont dissociés de la majorité qu'en ce qui concerne l'*application* de ces principes dans cette affaire.<sup>29</sup> Rappelons aussi à ce titre la formule souvent employée par la Cour, en particulier dans les affaires relatives à l'article 10, lorsqu'elle dit qu'« il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes ».<sup>30</sup> Il reste à voir si ce sera aussi l'approche préconisée dans de tels cas de doubles décisions, que ce soit en rapport avec certains articles de la Convention ou de manière généralisée.

b) Le second défi tient à la légitimité et au statut de la Cour aux yeux de ses interlocuteurs nationaux. Si des juridictions nationales supérieures décident constamment et régulièrement de ne pas suivre ce que dit un avis consultatif, les problèmes qui en résulteront sont évidents.

Pour ce qui est de la valeur jurisprudentielle des avis consultatifs, ceux-ci feront partie de la jurisprudence de la Cour au même titre que ses arrêts et décisions. L'interprétation de la Convention qui sera livrée dans ces avis sera, comme on l'imagine, analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs retenus par la Cour dans ses arrêts et décisions rendus en formation de Grande Chambre. Cela veut toutefois dire que même si un avis consultatif ne lie pas la juridiction nationale

---

<sup>27</sup> Les références à ce qu'on appelle le rôle « constitutionnel » de la Cour sont absentes de la plupart des documents officiels se rapportant au Protocole n° 16. On peut toutefois trouver une trace de ce rôle dans le rapport de 2006 du Groupe de sages, à l'origine du Protocole n° 16.

<sup>28</sup> Voir les commentaires à ce sujet de notre collègue la juge Koskelo, *in* conférence XXVI FIDE, Copenhague, 2014, p. 152.

<sup>29</sup> Requête n° 9154/10, arrêt du 15 décembre 2015 ; voir aussi *Merabishvili c. Géorgie* [GC], n° 72508/13, CEDH 2017 (extraits).

<sup>30</sup> Voir, par exemple, *Von Hannover c. Allemagne (no. 2)* [GC], n°s 40660/08 et 60641/08, CEDH 2012.

demanderesse lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie, l'interprétation de la ou des disposition(s) de la Convention offerte par la Cour n'en fera pas moins foi. En outre, même pour les États membres qui ont décidé de ne pas ratifier le Protocole n° 16, il sera difficile d'éviter la conclusion que toute opinion émise sur cette base aura le même poids dans les affaires qui les concerneront.<sup>31</sup>

Une autre idée, si les autres États membres ne sont pas impliqués dans la procédure ou ne s'y associent pas, consisterait à ce que l'avis consultatif qui en résulte ne soit adressé qu'à la juridiction demanderesse. Toutefois, les États membres (et le public en général) sont déjà avertis de toutes les affaires communiquées par le biais de HUDOC, la base de données de la Cour. La décision de ne pas intervenir lorsqu'on est informé d'une procédure consultative en cours ne devrait pas ôter son caractère général aux indications données par la Cour. Tant la formation choisie pour rendre un avis consultatif que la nature des questions dont celui-ci pourra faire l'objet montrent que limiter la valeur de l'avis rendu à la seule juridiction demanderesse ne serait qu'aller contre la nature et la raison d'être du Protocole et de la procédure prévue par celui-ci.

Les avis étant rendus par la Cour siégeant en formation de Grande Chambre, la question se posera inévitablement de savoir s'ils n'auront pas également en tant que précédents une plus grande valeur que les arrêts de chambre et de comité, alors même qu'ils ne sont pas contraignants pour la juridiction nationale demanderesse.<sup>32</sup>

## **V – Questions procédurales**

### ***1. Le contenu d'une demande d'avis consultatif***

Les conditions de forme qu'une demande d'avis consultatif doit satisfaire sont énumérées à l'article 1 § 3 du Protocole n° 16, qui dispose que la juridiction demanderesse motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante.

Comme le souligne le rapport explicatif, ces conditions poursuivent deux buts :

- La juridiction demanderesse doit avoir examiné la nécessité et l'utilité de demander un avis consultatif à la Cour afin d'être en mesure d'expliquer les raisons qui sous-tendent cette demande.
- La juridiction demanderesse doit être en mesure de définir le contexte juridique et factuel, permettant ainsi à la Cour de se concentrer sur la ou les question(s) de principe relatives à l'interprétation ou l'application de la Convention ou de ses protocoles. Dans son avis sur le projet de Protocole, la Cour soulignait ceci :  
« (...) la nécessité de lui permettre de se concentrer sur la question de principe qui lui est soumise. En effet, la Cour ne doit pas être amenée à contrôler les faits ou la législation nationale dans le cadre de la procédure en cause »<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Surtout puisque l'article 46 § 1 de la Convention, par définition, ne s'applique pas aux avis consultatifs prévus par le Protocole n° 16 ; voir la partie ci-dessous consacrée aux audiences et au droit d'intervention des autres parties étatiques.

<sup>32</sup> Il y a une question connexe, qui est celle de la manière de citer les avis consultatifs de manière à les distinguer aisément des requêtes individuelles et étatiques.

<sup>33</sup> Avis adopté par la Cour plénière le 6 mai 2013.

Pour ce qui est du contexte juridique et factuel, l'article 92 § 2.1 du règlement précise que l'avis consultatif doit inclure<sup>34</sup> :

- l'objet de l'affaire interne ainsi que le contexte juridique et factuel pertinent ;<sup>35</sup>
- les dispositions juridiques internes pertinentes ;
- les questions pertinentes relatives à la Convention, en particulier les droits ou libertés en jeu ;
- si cela est pertinent, un résumé des arguments des parties à la procédure interne sur la question ;
- si cela est possible et opportun, un exposé par la juridiction dont émane la demande d'avis consultatif de son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu'elle a pu faire de la question.

Le but global est que la juridiction demanderesse instruisse la Cour le mieux possible de manière à ce que celle-ci puisse répondre efficacement aux problèmes et questions exposés par la juridiction demanderesse concernant l'application du droit de la Convention à la procédure interne.

Par ailleurs, les lignes directrices approuvées par la Cour plénière en septembre 2017 rappellent que, de façon à ce que la Cour soit en mesure de donner des indications claires à la juridiction demanderesse, la demande doit être exposée de la manière prescrite dans le Protocole et dans le règlement et doit être complète et précise.

Le rapport explicatif du Protocole ne précise pas dans quelle mesure éventuelle les parties à la procédure peuvent ou doivent être associées à la démarche tendant à demander un avis consultatif ou à la formulation de toute demande. Les lignes directrices indiquent que la juridiction demanderesse jouit d'une certaine latitude pour déterminer s'il est « pertinent » d'inclure un résumé des arguments des parties sur l'objet de la demande. À certains égards, cette absence de détails rappelle la situation en droit de l'UE mais, comme nous le savons, la CJUE a développé une jurisprudence en la matière, qui souligne que le droit de demander une décision préjudicielle est non pas un droit individuel des parties mais un droit de la juridiction nationale, et parfois une obligation pour celle-ci.<sup>36</sup> Le degré d'association des parties à la formulation d'une demande sur le terrain de l'article 267 du TFUE varie beaucoup d'un État membre à l'autre. Les lignes directrices précisent toutefois que, selon la situation en droit interne, il peut très bien se trouver que l'une des parties ou les deux prennent l'initiative de demander à la juridiction interne de demander un avis consultatif dans leurs motifs d'appel contre la décision d'une juridiction inférieure. Soulignons néanmoins qu'en tout état de cause la décision définitive de demander ou non un avis consultatif incombe à la juridiction d'appel pour autant que celle-ci ait été désignée comme juridiction habilitée à formuler une demande pour les besoins du Protocole.

---

<sup>34</sup> Ces éléments sont tirés non pas du Protocole lui-même mais du règlement modifié de la Cour et, antérieurement, du rapport explicatif du Protocole n° 16 à la Convention, CM (2013) 31, 2 avril 2013. La similarité entre cette liste et celle de l'article 94 du règlement de procédure de la CJUE, qui énonce ce que doit contenir une demande de décision préjudicielle, est frappante. Le règlement modifié de la Cour reprend les éléments du rapport explicatif, lesquels sont davantage concrétisés dans les lignes directrices examinées ci-dessous dans la section V.

<sup>35</sup> Le libellé de la partie pertinente du rapport explicatif et de l'article 92 § 2.1a) diffère. L'article 92 § 2.2 dispose que la juridiction demanderesse doit aussi soumettre « tous les autres documents pertinents au regard du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante ».

<sup>36</sup> Voir, par exemple, l'arrêt *T-Mobile Czech Republic et Vodafone Czech Republic*, C-508/14, UE:C:2015:657, paragraphes 28-29 : « [a]ux termes de l'article 267 TFUE, il appartient au juge national et non aux parties au litige au principal de saisir la Cour. La faculté de déterminer les questions à soumettre à la Cour est donc dévolue au seul juge national et les parties ne sauraient en changer la teneur ».

Il y a un autre point à évoquer : la recommandation que la juridiction demanderesse expose « si cela est possible et opportun » son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu'elle a pu en faire. Les ONG consultées en 2015 se sont inquiétées de la possibilité que l'issue de la procédure interne s'en trouve préjugée.<sup>37</sup> Indépendamment des questions de droit procédural national, nous ne voyons pas personnellement où est le problème. Les opinions exprimées ne sont manifestement pas contraignantes mais elles peuvent énormément aider la Cour. Cette dernière sera mise sous pression afin qu'elle apporte une réponse dans le cadre d'une procédure accélérée sans retarder la procédure interne.<sup>38</sup> Selon les lignes directrices, ce qui importe c'est que la juridiction demanderesse, en exerçant son jugement, donne à la Cour les informations propres à lui permettre de fournir les éléments d'interprétation requis.

Enfin, si rien dans le Protocole ou le rapport explicatif ne précise les limites des observations écrites ou des documents produits, les lignes directrices offrent des instructions pratiques détaillées sur la présentation d'une demande. Selon elles, concernant le nombre limite de pages, une demande complète ne devrait pas dépasser 20 pages. L'économie et la pertinence des documents produits dans le cadre d'une demande d'avis consultatif sont à l'évidence une considération importante compte tenu des contraintes en matière de délais et de traduction.

## **2. La procédure de la décision d'acceptation ou de rejet d'une demande**

Cette procédure est exposée à l'article 2 § 1 du Protocole n° 16, qui précise clairement que la Cour a le pouvoir d'accepter ou de rejeter une demande mais que le refus doit être motivé.<sup>39</sup> Le contraste est frappant par rapport à la procédure de renvoi, dans le cadre de laquelle le collège de cinq juges, ainsi qu'il a déjà été indiqué, ne motive pas le refus d'une demande de renvoi. Là encore, cette différence peut être considérée comme tout à fait conforme à la nature du dialogue judiciaire que l'avis consultatif cherche à renforcer. Néanmoins, il y a lieu de souligner que ni le groupe des sages dans son rapport initial de 2006, ni la Cour dans son propre document de réflexion de 2012 n'avaient proposé la moindre obligation de motivation, ce afin de lui laisser une certaine souplesse et de limiter la charge de travail supplémentaire qui peut découler du traitement des demandes d'avis consultatifs.

Il ne faudrait pas présumer que le collège de renvoi et le collège des avis consultatifs seront les mêmes ou seront identiques dans leur composition. Tout bien considéré, l'article 2 § 3 du Protocole exige que le collège comprenne « de plein droit le juge élu au titre de la Haute Partie contractante dont relève la juridiction qui a procédé à la demande », une condition qui ne s'applique pas au collège de renvoi, dont la composition est régie par l'article 24 § 5 du règlement. D'ailleurs, l'alinéa c) de cette dernière disposition prévoit expressément qu'« [u]n juge élu au titre d'une Partie contractante concernée par une demande de renvoi ou ressortissant d'une telle partie ne peut siéger au collège lorsque celui-ci examine la demande (...) ». La composition du collège de cinq juges en matière d'avis consultatifs est régie par l'article 93 du nouveau chapitre X du règlement. Elle comprend le président de la Cour, deux présidents de section désignés par rotation, le juge élu au titre de la Partie contractante dont relève la partie défenderesse et un juge désigné par rotation parmi les juges élus au sein des sections restantes pour siéger au collège pour une période de six mois.

---

<sup>37</sup> Voir le mémorandum juridique de Open Society, mars 2016, cité ci-dessous.

<sup>38</sup> Voir, de la même manière, le paragraphe 24 des *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles* (OJ 2012 C 338/01), texte non contraignant de la CJUE qui rappelle qu'une décision préjudicielle est par ailleurs contraignante.

<sup>39</sup> Voir aussi l'article 93 § 4 du règlement.

En son article 93 § 2, le règlement modifié dispose que les demandes d'avis consultatif doivent se voir réserver un traitement prioritaire, au sens de l'article 41 du présent règlement. Toutefois, l'adoption par la Cour d'une décision de refus d'avis consultatif n'est assortie d'aucun délai formel, que ce soit dans les lignes directrices ou sous une forme contraignante.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué ci-dessus, on peut escompter que, avec le temps, le collège des avis consultatifs précisera ce qu'il faut entendre par des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ».

Nous tenons à exprimer une certaine réserve, là encore à titre personnel, quant à la nécessité pour le collège de motiver clairement sa décision en matière de compétence ou de recevabilité.<sup>40</sup> Une lecture minutieuse de la jurisprudence de la CJUE sur le terrain de l'article 267 TFUE montre que ces questions sont parfois considérées comme synonymes, et parfois non. En général, la CJUE refuse de rendre une décision préjudicielle si le litige interne est hypothétique, si la question évoquée n'a aucun rapport avec les faits et l'objet de l'affaire dont la juridiction nationale est saisie, si le cadre juridique ou factuel n'est pas suffisamment clair (même si la Cour de Luxembourg peut par ailleurs demander davantage de renseignements à la juridiction nationale de renvoi sur ces deux points) ou si les questions ne concernent pas l'interprétation du droit de l'UE.<sup>41</sup>

Le libellé des décisions de refus de demande pourra et devra donner aux juridictions internes des orientations lorsqu'elles voudront formuler une demande, et ainsi contribuer à décourager les demandes inappropriées qui mobiliseraient les précieuses ressources de la Cour.

À cet égard, il faut exprimer encore une autre réserve (à titre d'*obiter* personnel sans doute), à l'égard du passage suivant du rapport explicatif :

« (...) l'on peut s'attendre à ce que la Cour *hésite* à refuser une demande qui remplit les différents critères : (i) la demande porte sur une question telle que définie au paragraphe 1 de l'article 1 et (ii) les conditions procédurales telles que prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 1 ont été satisfaites par la juridiction qui a procédé à la demande. »<sup>42</sup>

À bien réfléchir, ce passage décrit une procédure non testée qui obligera la Cour à étendre sa compétence à un rôle judiciaire peut-être très différent de celui qui est actuellement le sien en vertu de l'article 34 et sans connaître au préalable le nombre d'États qui consentiront au Protocole ni la fréquence, la complexité et la clarté des demandes qu'ils formuleront le cas échéant.<sup>43</sup> Le document de réflexion initial de la Cour sur les avis consultatifs parle des affaires qui pourraient ne pas appeler davantage d'éclaircissements ou pour lesquelles la jurisprudence de la Cour est suffisamment claire, une idée qui renvoie implicitement à la doctrine de l'acte clair suivie par la CJUE. Bien sûr, lorsqu'elle expliquera à une juridiction nationale qui pense que la jurisprudence n'est pas claire pourquoi, à l'inverse, elle estime le contraire, la Cour devra être habile. Dans le rapport, le groupe de sages a évoqué un autre cas de figure : le rejet d'une demande dont l'objet empiète celui d'une affaire

---

<sup>40</sup> On peut d'ores et déjà voir certains « faux amis » potentiels dans les versions anglaises du Protocole et du rapport explicatif, où la première évoque dans préambule une extension de la « *competence* » de la Cour, tandis que l'autre parle d'une extension de sa « *jurisdiction* ».

<sup>41</sup> Cette jurisprudence peut être consultée dans le répertoire de la CJUE à l'adresse [https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_3/tab\\_index\\_3\\_04.htm](https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_3/tab_index_3_04.htm).

<sup>42</sup> Paragraphe 14 du rapport explicatif.

<sup>43</sup> Puisqu'un parallèle peut être établi entre les questions pouvant faire l'objet d'un avis consultatif et celles pouvant faire l'objet d'une demande de renvoi, il est intéressant de citer le nombre de demandes de renvoi acceptées ces dernières années : 7 (2012), 10 (2013), 18 (2014), 15 (2015), 14 (2016) et 10 (2017).

pendante. La Cour aura certainement la faculté de refuser une demande même si l'objet de celle-ci relève du champ d'application du Protocole n° 16 et si les conditions de forme sont satisfaites. Certes, le rapport du Groupe des Sages susmentionné indiquait que la nouvelle compétence consultative devait être soumise à des conditions strictes et que la fourniture de tels avis ne constituerait pas la principale fonction judiciaire de la Cour. En faisant intervenir la Grande Chambre dans toutes les requêtes jugées recevables, le Protocole n° 16 pourrait par ailleurs avoir des conséquences non négligeables sur la charge de travail de cette formation judiciaire. Elle nécessite peut-être, à court ou moyen terme, l'adaptation de ses méthodes de travail.

### **3. La nature et la forme d'un avis consultatif**

Une fois la demande d'avis consultatif acceptée par le collège de cinq juges, c'est la Grande Chambre de la Cour qui rend l'avis consultatif, lequel est motivé (articles 2 § 2 et 4 § 1 du Protocole).<sup>44</sup>

Cette solution a été jugée opportune vu la nature des questions au sujet desquelles un avis consultatif peut être demandé et du fait que seules les plus hautes juridictions nationales peuvent le solliciter, ainsi que des similitudes reconnues entre la procédure actuelle et celle de renvoi devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention. Seul le temps nous dira si ce choix aura été judicieux. Une autre solution aurait consisté à ce qu'une chambre spécialisée en avis consultatifs permette que toute requête individuelle ultérieure (alléguant la non-application ou l'application incorrecte d'un avis) fasse rapidement et si nécessaire l'objet d'un dessaisissement au bénéfice de la Grande Chambre.

Si le projet de rapport explicatif évoquait noir sur blanc la possibilité pour la Grande Chambre de reformuler les questions dans la demande, le texte adopté n'aborde pas expressément cette question. Si la reformulation ou la requalification de l'avis sollicité était une faculté, ainsi qu'il pourrait ressortir de la jurisprudence de la Cour en matière de requalification des griefs<sup>45</sup>, l'avis consultatif rendu par la Cour pourrait alors évoquer des articles de la Convention ne figurant pas dans la demande ou même méconnaître ceux y figurant. La reformulation des questions est une technique bien établie dans les renvois préjudiciels devant la Cour de Luxembourg même si, il faut l'ajouter, les juridictions nationales ne la voient pas toujours généralement d'un très bon œil.<sup>46</sup>

Il reste à voir dans quelle mesure la nouvelle procédure alourdira la charge de travail de la Grande Chambre et s'il sera aisé à cette formation de concilier sa charge de travail découlant des articles 33 et 34 de la Convention avec celle résultant de sa nouvelle compétence consultative. Il ne peut être exclu que la nouvelle procédure appelle des changements dans les méthodes de travail internes de la Cour concernant les affaires de Grande Chambre.

---

<sup>44</sup> Ni le TFUE ni le règlement de procédure de la CJUE ne renferment une disposition similaire exigeant que les renvois par les juridictions supérieures de dernier ressort soient traités par la Grande Chambre de la Cour de Luxembourg. Les États membres ou les institutions européennes peuvent toutefois demander que l'affaire soit traitée par la Grande Chambre (article 60 § 1 du règlement de procédure de la CJUE).

<sup>45</sup> Voir, par analogie, l'approche suivie par la Cour en matière contentieuse, lorsqu'elle a dit à maintes reprises : « [l]a Cour, maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (*Castravet c. Moldova*, n° [23393/05](#), § 23, 13 mars 2007, *Martchenko c. Ukraine*, n° [4063/04](#), § 34, 19 février 2009, et *Berhani c. Albanie*, n° [847/05](#), § 46, 27 mai 2010), n'est pas liée par celle que leur attribuent les parties » (*Gatt c. Malte*, n° 28221/08, § 19, CEDH 2010).

<sup>46</sup> Voir, par exemple, les arrêts rendus par la CJUE dans les affaires *Campina*, C-45/06, UE:C:2007:154, paragraphes 30 et 31, et *Fuß*, UE:C:2010:609, paragraphe 39 : « [d]ans le cadre de la procédure de coopération entre les juridictions nationales et la Cour instituée à l'article 267 TFUE, il appartient à celle-ci de donner au juge national une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi. Dans cette optique, il incombe, le cas échéant, à la Cour de reformuler les questions qui lui sont soumises. En effet, la Cour a pour mission d'interpréter toutes les dispositions du droit de l'Union dont les juridictions nationales ont besoin afin de statuer sur les litiges qui leur sont soumis, même si ces dispositions ne sont pas indiquées expressément dans les questions qui lui sont adressées par ces juridictions ».

Ainsi qu'il a déjà été indiqué ci-dessus, si la demande est acceptée, la composition de la Grande Chambre sera arrêtée conformément à l'article 24 § 2 a), e) et h) du règlement. Elle inclue de plein droit le juge élu au titre de la Haute Partie contractante dont relève la juridiction demanderesse ou, sinon, un juge *ad hoc* national.<sup>47</sup>

Non seulement les avis consultatifs seront motivés mais ils pourront aussi être accompagnés d'opinions séparées, concordantes ou dissidentes, ou d'une simple déclaration de dissentiment (articles 4 §§ 1 et 2 et 94 § 8 du règlement). Dans son avis sur le projet de Protocole, la Cour avait dit ceci :

« Cela est conforme à la disposition pertinente du règlement de la Cour actuellement en vigueur en matière d'avis consultatifs (article 88 § 2), *bien que la Cour ait pour pratique, lorsqu'elle émet des avis consultatifs, de s'efforcer de parler d'une seule voix.* »<sup>48</sup>

D'où la question inévitable, évoquée à notre connaissance dans l'examen par le Sénat néerlandais du projet de loi de ratification, qui est de savoir si et comment un arrêt de Grande Chambre dans le cadre d'une telle procédure pourra s'analyser en un jugement correct ou faisant autorité sur la « question de principe » soulevée par la juridiction demanderesse alors que, dans la procédure contentieuse, les arrêts de la Cour, tant devant la chambre que devant la Grande Chambre, renferment régulièrement des opinions dissidentes.<sup>49</sup> D'un point de vue personnel, nous estimons que, pour que l'avis puisse accomplir la fonction qui est censée être la sienne – renforcer le dialogue judiciaire avec les juges nationaux aux fins d'une meilleure mise en œuvre de la Convention –, la collégialité de la Grande Chambre devra être mise à l'épreuve à l'avenir et celle-ci devra chercher à réduire au minimum les occasions où, sur des questions juridiques de principe, elle est fortement divisée.<sup>50</sup>

#### **4. Traitement prioritaire**

Le rapport explicatif évoque la nécessité d'éviter les « retards injustifiés », sans préciser ce qu'il faut entendre par cette expression.

L'article 93 § 2 du règlement dispose que les demandes d'avis consultatif doivent se voir réserver un traitement prioritaire au sens de l'article 41 du présent règlement. La section XI des lignes directrices offre davantage de détails sur le traitement prioritaire à accorder aux demandes et elle prévoit l'examen « d'urgence », allant plus loin que le traitement prioritaire normalement accordé à ces demandes.

Pour les affaires urgentes de ce type, les lignes directrices prévoient que la juridiction demanderesse doit indiquer, motifs à l'appui, si des circonstances spéciales appellent un examen d'urgence de la demande et une décision rapide de la Cour. Il appartient à celle-ci de décider si les motifs avancés par cette juridiction sont de nature à justifier un traitement accéléré de la demande. La Cour peut également décider d'office de traiter une requête selon une procédure accélérée.

Le rapport explicatif indique clairement que ce traitement prioritaire des demandes d'avis consultatif doit s'appliquer à tous les stades de la procédure et à toutes les parties intéressées, c'est-

---

<sup>47</sup> Articles 2 § 3 du Protocole et 24 § 2 b) du règlement.

<sup>48</sup> Paragraphe 11 de l'avis précité (les italiques sont de nous).

<sup>49</sup> Voir les délibérations de la *Eerste Kamer* le 5 septembre 2017.

<sup>50</sup> Un bon exemple d'affaire serait *Bélané Nagy c. Hongrie* [GC], n° 53080/13, 13 décembre 2016.

à-dire la juridiction demanderesse, laquelle doit formuler sa demande d'une manière précise et complète, et ceux qui éventuellement produiront des observations écrites ou participeront aux audiences,<sup>51</sup> ainsi que la Cour elle-même.

Ces dernières années, les délais moyens d'adoption d'un arrêt ou d'une décision devant la Grande Chambre à la suite d'un renvoi ou d'un dessaisissement étaient, respectivement : 15,6 mois/17,5 mois en 2015 ; 17,1 mois/17,4 mois en 2016 ; 15,9 mois/17,8 mois en 2017 et 17 mois/22 mois en 2018. La rapidité de traitement est clairement tributaire du nombre d'affaires pendantes devant cette formation et, ainsi qu'il a déjà été dit, l'entrée en vigueur du Protocole risque d'aggraver la pression.

Pour tirer d'autres éléments statistiques de la Cour de Luxembourg, le rapport annuel de cette juridiction en 2016 indiquait ceci :

- Il faut en moyenne 15 mois pour traiter un renvoi préliminaire.
- En ce qui concerne la procédure préjudicielle d'urgence prévue par l'article 267 TFUE, douze décisions préjudicielles d'urgence ont été demandées en 2016 mais la Cour de Luxembourg a choisi d'appliquer cette procédure dans huit affaires. Il a fallu en moyenne 2,7 mois pour traiter ces affaires, contre 2,1 en 2015.

Même s'il s'agit d'une juridiction et d'une procédure judiciaire bien distinctes, ces statistiques montrent que la Cour de Strasbourg risque vraisemblablement d'être confrontée à des choix et à des défis sur ce que signifie l'absence de « retards injustifiés » et sur ce que veut dire en pratique la priorité. Comme la CJUE ne le sait que trop bien, le délai de traitement d'un renvoi préjudiciel – qui avait atteint son apogée en 2003 à 25,5 mois – influence parfois certaines juridictions nationales dans leur choix de renvoyer ou non.

Si par « retards injustifiés » il faut entendre moins que la moyenne actuelle des délais devant la Grande Chambre, comme le montre le traitement de la première demande française – ainsi que nous le verrons ci-dessous –, on peut s'attendre à des répercussions sur les travaux de la Cour en général et sur ceux de la Grande Chambre en particulier.

### **5. Audiences et interventions**

Les audiences ne sont manifestement pas exclues mais elles ne sont pas obligatoires pour autant.<sup>52</sup> Aux termes de l'article 94 § 6 du règlement modifié de la Cour, le président décide, une fois la procédure écrite clôturée, s'il y a lieu de tenir une audience.

La plupart des affaires de Grande Chambre (renvois et dessaisissements) prévoient une procédure orale.<sup>53</sup> Si la procédure consultative devait être à la fois écrite et orale, le délai de communication de l'avis consultatif à la juridiction demanderesse serait bien sûr plus long.

Si l'État membre d'où la demande émane peut produire des observations écrites ou comparaître à l'audience, il n'en a pas pour autant l'obligation. Le président de la Cour peut aussi, en vertu de

---

<sup>51</sup> Voir aussi l'article 3, examiné ci-dessous.

<sup>52</sup> Voir le libellé de l'article 3 du Protocole n° 16. Voir aussi le paragraphe 21 du rapport explicatif, selon lequel il appartiendra à la Cour de décider s'il y a lieu de tenir une audience sur une demande d'avis consultatif acceptée.

<sup>53</sup> Voir les articles 63 et 71 du règlement. La plupart des affaires de chambre sont traitées en l'absence d'audience.



l'article 3 du Protocole et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter tout autre État membre ou tout autre personne à présenter des observations écrites ou à participer à l'audience.

Pour ce qui est de savoir qui peut intervenir et selon quelles modalités, certaines questions qui au départ étaient assez incertaines le sont restées même après la modification du règlement et l'élaboration des lignes directrices.

Il était difficile de savoir initialement si les parties à la procédure au niveau interne seraient averties de la présentation d'une demande d'avis et/ou invitées à intervenir en cas d'acceptation de cette demande ou, dans certains cas, dès le traitement initial de celle-ci. Le rapport explicatif indique qu'on peut s'y attendre mais le texte du Protocole laisse la question en suspens. L'article 94 § 3 du règlement prévoit que le président de la Grande Chambre peut inviter les parties à la procédure interne à présenter des observations écrites et, le cas échéant, à prendre part à l'audience. Il a été observé que dès lors que les parties sont automatiquement autorisées à produire leurs observations, la frontière entre la procédure contradictoire et la procédure consultative s'estompe.<sup>54</sup> Il y a bien sûr des arguments en sens inverse, surtout le fait que la Cour rendra son avis dans le cadre d'un procès en cours conduit à l'échelon interne entre au moins deux parties. Les lignes directrices prévoient que, en ce qui concerne la notification de l'évolution de la procédure, c'est à la juridiction demanderesse qu'il revient d'en tenir informées les parties au procès interne, sauf pour les parties invitées à intervenir dans la procédure, qui sont alors prévenues par la Cour.

La Cour et son président seront-ils aussi ouverts qu'ils le sont aujourd'hui, dans certaines affaires de Grande Chambre, vis-à-vis des demandes de tierces interventions fondées sur les articles 36 § de la Convention et 44 du règlement ?<sup>55</sup> Le nouvel article 44 § 7 du règlement appliquera *mutatis mutandis* à la procédure consultative les dispositions en matière de tierce intervention.<sup>56</sup> Le même critère – retenir les intérêts d'une bonne administration de la justice – s'applique. Cette question appelle un examen attentif compte tenu différence de nature de la procédure consultative, du fait que, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, elle se déroule dans le cadre d'un procès en cours entre des parties bien définies, du fait qu'elle n'est pas censée servir à contrôler dans l'abstrait la législation ou la politique d'un État membre, et du problème des délais évoqué ci-dessus. Il est utile là encore de se référer à la procédure prévue par l'article 267 TFUE, dans laquelle seules peuvent intervenir les parties au procès interne, les institutions de l'UE (le cas échéant), les États membres et la Commission européenne, en quelque sorte à titre d'*amicus curiae*.<sup>57</sup> À Luxembourg, dans les affaires de Grande Chambre et même de chambre, le degré d'intervention des États membres varie selon l'importance juridique et politique, et dans une certaine mesure selon la nouveauté, des questions soulevées dans le renvoi préjudiciel en cours.<sup>58</sup> En revanche, à ce jour, les États membres, le plus souvent, n'ont fait usage qu'avec parcimonie de leurs pouvoirs d'intervention dans les affaires de

---

<sup>54</sup> K. Dzehtsiarou et N. O'Meara, « *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?* » (2014) *Legal Studies* 18.

<sup>55</sup> Voir, à divers titres, P. Harvey, « *Third party interventions before the ECtHR: A Rough Guide* », 24 février 2015; W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, OUP, 2015, pp. 788-795 et L. van der Eynder, « *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs Before the ECtHR* » (2013) 31 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 271-295.

<sup>56</sup> Signalons que, aux termes de l'article 94 § 5 du règlement, une copie des observations écrites des tiers intervenants est communiquée à la juridiction dont émane la demande, qui pourra formuler des remarques sur les observations en question. Il reste à voir à quel point il sera utile ou nécessaire de prévoir cette possibilité.

<sup>57</sup> Article 23 du Statut de la CJUE.

<sup>58</sup> Dans une grande affaire devant la CJUE sur le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE – *Åkerberg Fransson* C-617/10 UE:C:2013:105 – neuf États membres et la Commission européenne étaient intervenus. Dans des affaires récentes très novatrices en matière de protection des données, le nombre d'États membres intervenants était également très élevé – voir, par exemple, *Digital Rights* C-293/12 et C-594/12 UE:C:2014:238 (huit États membres, le Parlement européen et la Commission européenne) ou *Tele 2 Sverige* C-203/15 et C-698/15 UE:C:2016:970 (quinze États membres, le Parlement européen, le Conseil européen et la Commission européenne).

Grande Chambre à Strasbourg.<sup>59</sup> Au vu des effets jurisprudentiels proposés des avis consultatifs que la Grande Chambre rendra, il faut se demander si les Parties contractantes, même celles qui n'ont pas ratifié le Protocole n° 16, ne devraient pas à l'avenir prêter davantage d'attention à la question de la tierce intervention. À l'approche de la conférence de Copenhague de 2018 sur l'avenir de la Cour et du système de la Convention, il y avait eu bien des débats sur les différentes formes – judiciaires et politiques – que devrait prendre le dialogue avec la Cour. Dans son avis sur le projet de déclaration de Copenhague, la Cour soulignait que, pour ce qui est du développement de sa jurisprudence, les mécanismes de dialogue appropriés étaient les décisions des juridictions nationales et les tierces interventions devant la Cour. Elle a noté que ce dernier mécanisme pouvait être pertinent à différents stades de l'examen d'une affaire par la Cour, comme la recevabilité, la demande de renvoi d'une affaire au titre de l'article 43 de la Convention et, enfin, l'examen de l'affaire par la Grande Chambre. Elle a estimé que, utilisées à bon escient, les tierces interventions au cours de la procédure étaient une aide pour la Cour car elles lui apportaient d'autres éclairages sur les questions à trancher. Elle a noté que ce mécanisme d'engagement des États envers la fonction judiciaire de la Cour ne paraissait pas être exploité pleinement et que, une fois le Protocole n° 16 entré en vigueur, il prendrait une place encore plus grande. Nous tenons à mettre en avant la position de la Cour sur ce point.<sup>60</sup>

Si le paragraphe 13 du rapport explicatif dit expressément que la Cour « est en mesure de recevoir les demandes dans des langues autres que l'anglais ou le français, comme elle le fait à présent pour les requêtes individuelles », ni le Protocole lui-même ni le rapport explicatif ne font la moindre mention de la langue des observations écrites et des interventions. L'article 44 § 6 du règlement, qui s'applique *mutatis mutandis* aux tierces interventions et à la procédure consultative, impose qu'elles soient produites dans l'une des langues officielles. L'article 94 § 3 du règlement est muet sur la question de la langue des observations de toute partie au procès interne.

Enfin, de manière à être renforcé, le dialogue judiciaire doit aussi être nourri, en particulier lorsqu'il est question d'une nouvelle procédure non mise à l'épreuve. Même lorsque la Cour traitera les demandes acceptées, il ne peut être exclu qu'elle veuille davantage associer son interlocuteur judiciaire. Le nouvel article 94 § 2 du règlement prévoit que, lorsque la demande d'avis est acceptée, le président de la Grande Chambre peut inviter la juridiction demanderesse à soumettre à la Cour toute information complémentaire jugée nécessaire pour préciser l'objet de la demande ou l'opinion de cette juridiction sur la question soulevée par la demande. De même, les lignes directrices permettent de solliciter un complément à une demande qui serait jugée « lacunaire ». Il peut être supposé à la lecture des termes de l'article 94 § 2 du règlement que les conditions de recevabilité d'une demande prévues à l'article 92 § 2.1 du règlement sont d'application stricte et doivent être satisfaites. Indépendamment des lignes directrices, on peut imaginer que les juridictions nationales vérifieront minutieusement si l'article 92 § 2.1 du règlement sera appliqué avec rigueur ou avec souplesse. Selon le nombre de demandes reçues, son application déterminera peut-être aussi le volume de la charge de travail supplémentaire de la Cour occasionnée par la procédure consultative.

---

<sup>59</sup> Par exemple, sur un total de dix-neuf arrêts et une décision rendus par la Grande Chambre en 2017, il n'y a eu des interventions d'États membres que dans cinq affaires.

<sup>60</sup> Avis de la Cour européenne des droits de l'homme sur le projet de Déclaration de Copenhague, adopté par le Bureau à la lumière des débats tenus devant la Cour plénière le 19 février 2018 ([https://www.echr.coe.int/Documents/Opinion\\_draft\\_Declaration\\_Copenhague%20ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Opinion_draft_Declaration_Copenhague%20ENG.pdf), dernière consultation en date le 23 septembre 2019), § 16 ; voir aussi à présent les paragraphes 33 à 41 – Interaction entre les niveaux national et européen – la nécessité d'un dialogue ») de la Déclaration de Copenhague, adoptée le 13 avril 2018.

## **6. Langues de rédaction des demandes et des avis consultatifs**

Si la Cour n'a que deux langues officielles,<sup>61</sup> les demandes d'avis consultatifs peuvent être présentées à la Cour dans la langue officielle nationale utilisée dans le procès interne conformément à l'article 34 § 7 du règlement. Si la langue employée n'est pas une langue officielle de la Cour, le règlement prévoit qu'une traduction en anglais ou en français doit être soumise dans le délai fixé par le président de la Cour.

Concernant la demande elle-même, ce sera peut-être donc seulement par l'entremise du juge national et des juristes nationaux du greffe que la plupart des juges auront un accès immédiat à la demande – sauf si la langue est bien connue –, et tant qu'une traduction n'existera pas. D'un côté, on peut soutenir que cette solution est tout à fait conforme aux méthodes de travail existantes de la Cour – ou plutôt aux contraintes auxquelles elle est soumise dans ses travaux – lorsqu'elle traite les requêtes individuelles. D'un autre côté, on peut soutenir que cette méthode ne sied guère à une procédure dont le but est de renforcer le dialogue *judiciaire* et dans laquelle tout retard aura des répercussions sur le procès interne toujours en cours.

Le rapport explicatif met en avant le caractère sensible de la question de la langue mais en ce qui concerne seulement les avis consultatifs rendus, pas le traitement initial et ultérieur des demandes par la Cour et au sein de celle-ci. Il dit ceci :

« Il est important de garder à l'esprit que, dans la plupart des cas, les avis consultatifs devront être admis dans des procédures qui se déroulent dans une langue officielle de la Haute Partie contractante concernée qui n'est ni l'anglais ni le français, les langues officielles de la Cour. Tout en respectant le fait qu'il n'y ait que deux langues officielles de la Cour, il a été estimé important de souligner la sensibilité de la question de la langue des avis consultatifs. Il convient également de relever que la procédure interne qui a été suspendue ne peut, dans de nombreux systèmes juridiques, être poursuivie qu'après que l'avis ait été traduit dans la langue de la juridiction qui a procédé à la demande. S'il devait y avoir des préoccupations relatives au fait que le temps nécessaire à la traduction d'un avis consultatif dans la langue de la juridiction qui a procédé à la demande puisse retarder la reprise de la procédure interne suspendue, la Cour peut coopérer avec les autorités nationales pour l'élaboration de la traduction en temps utile. »<sup>62</sup>

En l'absence de ressources budgétaires supplémentaires, on voit mal comment la question de la traduction pourra être réglée. Dans son avis sur le projet de Protocole, la Cour exprimait de graves préoccupations à ce sujet à la fois en termes de charge de travail et de coût.<sup>63</sup>

### **VI – Quel cap faut-il désormais prendre ?**

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la Cour a consacré énormément de temps pour se préparer à l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 le 1<sup>er</sup> août 2018. Dans ce cadre, la Cour plénière a modifié le règlement en septembre 2016 et approuvé des lignes directrices non contraignantes en septembre 2017. L'application de ces dernières fera l'objet d'un suivi régulier.

---

<sup>61</sup> Article 34 du règlement.

<sup>62</sup> Paragraphe 23 du rapport explicatif.

<sup>63</sup> Paragraphe 14 de l'avis, précité.

La nouvelle procédure a fait l'objet de commentaires doctrinaux et judiciaires variés mais peu abondants.<sup>64</sup> La doctrine, naturellement, est plus réactive que prédictive lorsqu'il s'agit d'une procédure judiciaire nouvelle, non encore mise à l'épreuve. Les commentaires se feront certainement moins rares le moment venu.

Des préoccupations particulières ont été exprimées dans certains milieux de l'UE au sujet du Protocole n° 16. Dans son avis 2/13 sur l'adhésion de l'UE à la Convention, la Cour de justice a évoqué le Protocole, relevant ceci :

« (...) dès lors que [après l'adhésion] la CEDH ferait partie intégrante du droit de l'Union, le mécanisme instauré par ledit protocole pourrait, notamment lorsque sont en cause des droits garantis par la Charte qui correspondent à ceux reconnus par la CEDH, affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE.

En particulier, il n'est pas exclu qu'une demande d'avis consultatif introduite au titre du protocole n° 16 par une juridiction d'un État membre ayant adhéré à ce protocole puisse déclencher la procédure de l'implication préalable de la Cour, créant ainsi un risque de contournement de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, qui (...) constitue la clef de voute du système juridictionnel institué par les traités. »<sup>65</sup>

De nombreux observateurs ont déploré que la CJUE critique elle-même l'absence dans le projet d'accord d'adhésion de toute disposition concernant l'articulation entre le mécanisme établi par le Protocole n° 16 et la procédure de décision préjudicielle prévue par l'article 267 TFUE. Certes, lorsque la CJUE délibérait, le Protocole n'était pas encore en vigueur et on ne pouvait pas prévoir quand il le serait. Cela dit, certains observateurs ont dit que l'usage abusif par les juridictions nationales du Protocole n° 16 de manière à contourner la procédure de renvoi préliminaire et à saisir la Cour de Strasbourg de questions touchant les droits fondamentaux matériels de l'UE pouvait être sanctionné de différentes façons, surtout par l'ouverture d'une procédure d'infraction.<sup>66</sup> Par ailleurs, il faut reconnaître que peut-être dans certains cas le problème sera non pas forcément la décision de demander à la Cour de Strasbourg un avis non contraignant, mais la décision de ne pas demander à la Cour de Luxembourg un avis contraignant. Dans l'affaire *Melki et Abdeli*, la CJUE a examiné le

---

<sup>64</sup> Voir, à divers titres, L.-A. Sicilianos, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – A propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme » 2014/97 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 9-29 ; D. Ritleng, « Le renvoi préjudiciel communautaire, modèle pour une réforme du système de protection de la CEDH? » (2002) 3<sup>ème</sup> année, n° 7 *L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique* 3-7 ; P. Gragl, « (Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol No. 16 » (2013) 38 *ELRev* 229-247 ; J. Gerards, « *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the CEDH* » (2014) 21 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 633 ; J. Callewaert, « *Protocol No. 16 and EU law* » in *Mélanges en l'honneur de Dean Spielmann*, WLP, 2015, pp. 57-63 ; Open Society Justice Initiative, *Implementing CEDH Protocol No. 16 on Advisory Opinions*, mars 2016, et Dzehtsiarou et O'Meara, précité.

<sup>65</sup> Avis 2/13, UE:C:2014:2454, par. 196-199.

<sup>66</sup> Voir par ailleurs, au sein de la CJUE, les prises de position de l'avocat général Kokott dans la procédure à l'origine de l'avis 1/2013, UE:C:2014:2475, paragraphes 139-141 : « [le] rôle [de la CJUE] dans l'interprétation de la CEDH à l'intérieur de l'Union pourrait cependant être menacé en raison du fait que les juridictions supérieures des États membres ayant ratifié le Protocole additionnel n° 16 à la CEDH pourraient être tentées, en application des dispositions de celui-ci, d'adresser leurs questions d'interprétation de la CEDH à la Cour EDH plutôt qu'à notre Cour. En définitive, ce phénomène n'est cependant pas une conséquence de l'adhésion de l'Union à la CEDH. Même en l'absence de l'adhésion envisagée, les juridictions des États membres ayant ratifié le protocole additionnel n° 16 peuvent saisir la Cour EDH de question d'interprétation de la CEDH relatives à des droits fondamentaux au lieu de se tourner vers notre Cour pour lui poser des questions d'interprétation de la Charte, qui seraient identiques d'un point de vue matériel. Pour résoudre ce problème, il suffit de revenir à l'article 267, paragraphe 3, TFUE, qui impose aux juridictions des États membres dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours l'obligation de saisir notre Cour. L'article 267, paragraphe 3, TFUE a la primauté sur le droit national et, partant, sur un éventuel accord international que certains États membres de l'Union auraient ratifié, comme c'est le cas du protocole additionnel n° 16 à la CEDH. Il en découle que, pour autant qu'elles aient à statuer sur un litige relevant du champ d'application du droit de l'Union, les juridictions des États membres statuant en dernière instance doivent adresser leurs questions sur les droits fondamentaux par priorité à notre Cour et se conformer à ses décisions par priorité. »

caractère prioritaire de la question prioritaire de constitutionnalité, une procédure de droit français qui permet le contrôle de la constitutionnalité d'une loi nationale, disant ceci :

« 57. (...) l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles »<sup>67</sup>.

En revanche, il a été jugé que l'article 267 TFUE ne s'opposait pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres, notamment, de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la CJUE de toute question préjudicielle qu'elles estiment nécessaire. La procédure consultative étant à la fois facultative quant à son usage et non contraignante quant à l'avis qui est rendu, il est difficile de voir dans quelle mesure une prescription analogue à celles découlant de l'arrêt *Melki et Abdeli* s'imposerait de manière à dissuader ou à empêcher les juridictions nationales des États membres de l'UE de recourir à la procédure consultative du Protocole n° 16. Compte tenu du libellé de l'article 52 § 3 de la Charte de l'UE et de la raison d'être elle-même de cette disposition, il est clair que certaines questions qui seraient soumises à la procédure consultative pourront avoir, voire auront, des conséquences indirectes sur l'interprétation des dispositions correspondantes de la Charte. Comme l'a souligné le président de la CJUE à l'ouverture de l'année judiciaire 2018 de la Cour de Strasbourg,

« la CJUE considère que les garanties offertes par la Convention constituent un seuil minimal de protection, ce qui implique que le système de protection des droits fondamentaux de l'UE peut offrir des garanties plus étendues ».

La procédure consultative n'est pas en elle-même censée représenter pour autant un problème pour l'autonomie et l'effectivité de l'ordre juridique de l'UE ni pour la compétence exclusive de cette dernière en matière d'interprétation du droit de l'UE, ce qui inclut la Charte. D'ailleurs, dans son avis 2/13, la CJUE a mis en avant les relations juridiques mutuellement interdépendantes liant l'UE elle-même et ses États membres, et le fait que la construction juridique de l'UE « repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre. »<sup>68</sup> Compte tenu de ces caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'UE, on voit mal pourquoi, du point de vue de la Cour de Strasbourg, les juridictions des États membres de l'UE demanderaient systématiquement ou régulièrement à la Cour EDH des réponses à des questions qui, en réalité, concernent le droit de l'UE. Cela dit, le collège des avis consultatifs et la Grande Chambre, saisie pour avis, devront être fidèles à la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle, aux termes des articles 19 et 32 § 1 de

<sup>67</sup> *Melki et Abdeli*, C-188 et C-189/10 UE:C:2010:363. Sur la question de la QPC dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, voir *Renard e. a. c. France* (déc.), n° 3569/12, 9145/12, 25 août 2015.

<sup>68</sup> Avis 2/13, §§ 167-168.

la Convention, la Cour n'est pas compétente pour appliquer les règles de l'UE ou pour en examiner les violations alléguées, sauf si et dans la mesure où ces violations pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention.<sup>69</sup>

Il suffit, pour nos présents besoins, de dire que l'immixtion de la CJUE, par son avis 2/13, dans le débat sur Protocole n° 16 montre l'intérêt et les préoccupations que le Protocole a suscitées dans certains milieux, le besoin de bien expliciter la nouvelle procédure et, une fois que le Protocole entrera en vigueur, la nécessité pour la Cour de Strasbourg de bien délimiter sa compétence lorsqu'elle acceptera ou refusera les demandes et qu'elle rendra des avis consultatifs. Ce qui est clair, c'est que Protocole n° 16 est non pas une invitation au *forum shopping*, mais plutôt un moyen de renforcer le dialogue judiciaire concernant l'interprétation et l'application de la Convention.

### Addendum

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, à l'ouverture de l'année judiciaire 2019, la première demande d'avis consultatif, qui concerne la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, avait déjà été déposée par la Cour de cassation française. Certaines des caractéristiques de la procédure à l'origine de l'avis consultatif, rendu le 10 avril 2019, méritent d'être notées.<sup>70</sup> Premièrement, aucune audience n'a été tenue dans le cadre de cette procédure. Deuxièmement, des observations écrites ont été produites par les parties au procès interne, par le gouvernement français, par trois gouvernements intervenants et par sept autres tiers intervenants. S'il a fallu à la Cour près de deux mois pour traiter la demande au niveau du collège, le prononcé de l'avis consultatif a pris six mois. Du point de vue de la forme et du contenu, l'avis était plus court qu'un arrêt de Grande Chambre traditionnel et il ne reproduisait pas en détail les observations écrites communiquées à la Cour ni les éléments pertinents, tirés par exemple du droit comparé ou du droit international.<sup>71</sup> Il faut noter aussi que, en exposant une série de considérations préliminaires, la Cour a cherché à souligner la nature distincte de la nouvelle procédure mais aussi à délimiter sa mission judiciaire et les questions qu'elle était appelée à examiner à ce titre. En particulier, elle a dit que la procédure avait pour but non pas de transférer le litige à la Cour mais plutôt de donner à la juridiction demanderesse une orientation sur des questions relevant de la Convention en vue de trancher le litige en question. Elle a également observé que les avis qu'elle était amenée à rendre en application du Protocole n° 16 devaient se limiter aux points ayant un lien direct avec le litige en instance au plan interne.<sup>72</sup>

À la date de la rédaction de la présente note, une seconde demande d'avis consultatif avait été formulée par la Cour constitutionnelle arménienne et le collège de cinq juges, qui en a été saisi, dira si les exigences de l'article 1 du Protocole n° 16 ont été satisfaites et s'il y a donc lieu d'accepter la demande.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Voir, par exemple, *Jeunesse c. Pays-Bas* [GC], n° 12738/10, 3 octobre 2014, § 110.

<sup>70</sup> Avis consultatif demandé par la Cour de cassation française, demande n° P16-2018-001, 10 avril 2019 [GC].

<sup>71</sup> Au paragraphe 34 de son avis consultatif, la Grande Chambre a dit qu'il ne s'agissait pas pour elle de répondre à chacun des moyens et arguments qui lui étaient soumis, ni de développer en détail les fondements de sa réponse. En application du Protocole n° 16, son rôle n'est pas de statuer contradictoirement sur des requêtes contentieuses par un arrêt ayant force obligatoire mais, dans un délai aussi rapide que possible, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance. Il faut noter que la première demande, qui faisait suite à un arrêt antérieur concernant la même famille de requérants, était inhabituelle en ce que la Grande Chambre a pu renvoyer à des éléments déjà publiés dans cet arrêt en la matière (voir *Menesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 (extraits)).

<sup>72</sup> *Ibidem*, §§ 25-34.

<sup>73</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6476599-8537053> .