



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

Séminaire

“L’articulation entre la Convention européenne des droits de l’homme et le droit de l’Union européenne : passé, présent et futur”

La protection des droits fondamentaux dans un système européen à plusieurs niveaux : la perspective de la Cour européenne des droits de l’homme

Mattias Guyomar

Strasbourg, 14 juin 2024

En 1961, soit onze ans après la signature de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, la Commission rend la décision *Autriche c. Italie*¹ dans laquelle après avoir cité le Préambule, elle considère « qu’il en résulte qu’en concluant la Convention, les États contractants n’ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l’Europe tels que les énonce le statut et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d’Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d’idéaux, de liberté et de prééminence du droit » avant de préciser « que les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu’elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des États contractants plutôt qu’à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers ».

Deux ans plus tard, en 1963 soit six ans après la signature du traité instituant la Communauté économique européenne (C.E.E), la Cour de Justice des Communautés Européennes adopte l’arrêt *Van Gend en Loos*² dans lequel elle conclut « que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants » pour en déduire que « partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu’il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destinée à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique » avant de conclure que « l’article 12 du traité instituant la CEE produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder ».

¹ Commission EDH, 11 janvier 1961, n° 788/60, *Autriche c. Italie*.

² CJCE, 5 février 1963, aff. n° 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*.

Ce qui frappe, à la lecture croisée de ces deux décisions matricielles, tient aux fortes similitudes qui rapprochent, dans leur conception même, les deux ordres juridiques européens surtout si on les appréhende du point de vue de la protection des droits fondamentaux.

Alors que l'architecture d'ensemble des deux systèmes européens est souvent présentée de la manière suivante : conçus à l'origine sur des fondements parfaitement différents, le droit communautaire et la Communauté puis l'Union européenne (UE), d'une part, et la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre conventionnel inscrits dans le projet porté par le Conseil de l'Europe, d'autre part, ont évolué de manière convergente, ces deux citations permettent de comprendre autrement le vis-à-vis entre les deux systèmes et leur ordre juridique respectif dans la mesure où elles donnent à voir les fondements partagés sur lesquels ils reposent depuis l'origine.

Il ne s'agit pas d'en minorer les spécificités respectives mais il est important de souligner que, dès l'origine, étaient en germe les ferments de complémentarité et de convergence qui ont permis de développer, au gré de l'évolution tant institutionnelle que juridique des deux systèmes, une cohérence d'ensemble au service de la protection des droits fondamentaux en Europe.

Autrement dit, la caractérisation des spécificités propres à chacun des deux systèmes européens qui découlent de leur conception d'origine comme de leur architecture (1) ne doit pas masquer l'ampleur des fondements qu'ils partagent qui ont œuvré un rapprochement progressif (2) rendant possible le développement de convergences et l'avènement d'une complémentarité au service d'une cohérence d'ensemble (3).

1. Des spécificités propres à chaque système découlant de leur conception et de leur architecture

Sur le plan institutionnel, il s'agit de deux organisations internationales à échelle régionale mais la nature même du Conseil de l'Europe organe intergouvernemental n'a rien à voir avec le caractère intégré de la Communauté européenne puis de l'Union européenne.

S'agissant des fondements politiques des deux projets, nul besoin de s'attarder sur leur genèse respective et la différence entre les orientations originelles. Le Conseil de l'Europe est un projet politique de reconstruction après la deuxième guerre mondiale et au moment où l'Europe se divise entre le bloc occidental et le bloc communiste, d'un espace fondé sur la démocratie libérale et l'État de droit, projet politique porté par l'instrument juridique qu'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour sa part, la construction communautaire, qui vise également la reconstruction de l'Europe est avant tout un projet économique qui a pour fondement, après l'échec de la communauté européenne de défense l'intégration des ressources (énergie et acier) puis des activités économiques (CEE).

À ce titre, et s'agissant plus particulièrement de la protection des droits fondamentaux, il est intéressant de se référer aux analyses produites par Robert Schwartz dans sa thèse « *The Court of justice of the European Union and the European Court of Human Rights (R)Evolution* ». Même si l'on ne partage pas l'ensemble de ses conclusions, le tableau croisé qu'il dresse et qui le conduit à comparer l'« *output legitimacy* » de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et l'« *input legitimacy* » de la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) est très stimulant³ : « La CJUE aborde la même disposition relative aux droits fondamentaux que la CourEDH à partir d'une base très différente. La

³ « L'approche descendante, hartienne/kelsenienne de la CJUE en matière de contrôle normatif par le biais de droits substantiels et l'approche ascendante de la CourEDH en matière d'acceptation populaire par le biais de procédures transparentes démontrent des voies diamétralement opposées menant à des résultats similaires. Niels Peterson aborde le conflit entre *output legitimacy* et *input legitimacy* en termes de communautarisme versus individualisme. Cette caractérisation ouvre une fenêtre sur les relations entre le parti pris communautaire de la CJUE et sa perspective utilitaire, et l'approche des droits individuels de la CourEDH et sa perspective déontique » (traduction libre).

CJUE a développé une approche économique utilitaire et conséquentialiste des droits, où les droits fondamentaux sont évalués dans le cadre d'une analyse de proportionnalité par rapport à leur interférence avec les principaux objectifs d'intégration économique de l'Union (*output legitimacy*). La CourEDH, quant à elle, s'est toujours préoccupée de l'inviolabilité des droits de l'homme individuels dans un cadre déontique, qui valorise l'« *input legitimacy* » de la participation démocratique, les droits économiques n'ayant qu'une importance secondaire. [...] Pour la CourEDH, *the right is prior to the good*, tandis que pour la CJUE, *the goods are prior to the rights* »⁴.

Sur le plan juridique ensuite, les deux ensembles, dont l'espace juridique diffère (celui de la Convention⁵ englobant celui du droit de l'UE) procèdent du droit international mais leur architecture normative est profondément différente. Dès lors qu'il est question de rapport de systèmes, il est en effet essentiel d'appréhender au plus juste les spécificités de chacun d'entre eux. Le droit de l'UE constitue un ordre juridique autonome intégré doté de l'effet direct et bénéficiant de la puissance des effets que lui confèrent les principes de primauté, d'uniformité et d'effectivité. Comme cela ressort de l'avis 2/13 de la Cour de justice⁶, au sein de l'UE, les droits fondamentaux s'inscrivent dans un cadre constitutionnel, une structure institutionnelle et un système de normes intégrées à celui des États membres, le processus d'intégration formant « la raison d'être de l'Union elle-même ». Au contraire, le droit de la Convention européenne, dont la mise en œuvre repose sur le principe de subsidiarité, n'a pas vocation à se substituer même partiellement aux ordres juridiques des États parties ni même à les harmoniser. Ainsi que le relève la professeure Laurence Potvin-Solis, dans son article « *Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux* » : « la Convention n'implique pas un effet de substitution formelle sur le droit national ni de principe général d'application et d'interprétation uniforme des droits qu'elle énonce »⁷.

Sur le plan fonctionnel ensuite, les deux ordres juridiques sont dotés d'un organe judiciaire, juridictions internationales dont l'office diffère de manière substantielle. Gardienne des traités, la Cour de justice intervient essentiellement *in abstracto* sur renvoi préjudiciel des juridictions des États membres pour assurer l'interprétation authentique du droit primaire et du droit dérivé ou se prononcer sur la validité des textes de droit dérivé. Son contrôle l'amène à exercer un contrôle de légalité au sens large qui suppose des opérations d'articulation de normes entre elles. La CourEDH dont le rôle consiste à assurer le respect effectif des engagements pris par les États signataires de la Convention est au contraire principalement saisie par le biais du recours individuel prévu à l'article 34 de la Convention. S'y ajoutent des recours étatiques prévus à l'article 33 et depuis l'entrée en vigueur du Protocole 16, la possibilité d'être saisie d'une demande d'avis consultatif. Mais le cœur de l'office de la CourEDH est l'exercice d'un contrôle *ex post facto* qui la mène, après épuisement des voies de recours internes, à se prononcer *in concreto* sur des situations particulières. C'est à l'aune de ces approches différentes qui découlent des rôles respectifs confiés aux deux Cours par les traités qu'il convient d'appréhender les modalités d'exercice de contrôle du respect des droits fondamentaux et d'analyser la portée des différences d'approche qui peuvent se manifester.

Là où la Cour de Luxembourg exerce le contrôle de fondamentalité à l'occasion d'un contrôle de validité des normes dans le champ de la mise en œuvre du droit de l'Union, la Cour de Strasbourg l'effectue dans le cadre d'un exercice différent à savoir le contrôle de la compatibilité d'une situation juridique donnée, dans un ordre interne, avec les exigences attachées au respect effectif des droits fondamentaux garantis par la Convention. En s'engageant, à l'article premier de la Convention, à

⁴ R. M. Schwartz, *The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: two autonomous human rights (r)evolutions*, Université de Lund, 2019, p. 569, traduction libre.

⁵ Dès lors que parmi les 46 États parties à la Convention se trouvent les 27 États membres de l'UE.

⁶ Avis 2/13 de la CJUE (assemblée plénière) du 18 décembre 2014 sur l'adhésion de l'Union à la CourEDH.

⁷ L. Potvin-Solis, « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, p. 597.

reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définies par celle-ci et ses protocoles, les États ont en effet accepté que leur ordre juridique interne soit irrigué des exigences attachées au respect effectif de ces droits et libertés. Le principe de subsidiarité est inhérent à l'économie générale du système conventionnel : l'idée est de voir « enchâsser dans la législation des divers pays quelque chose qui au moins dans une certaine mesure constituera une sorte d'îlot fortifié pour l'humanité » (M. Norton). À cette aune, il faut comprendre le droit conventionnel non comme ayant vocation à s'y substituer mais plutôt comme un droit qui embrasse les ordres juridiques internes afin que les autorités nationales qui les définissent (le législateur), les appliquent (les exécutifs) les interprètent ou veillent à leur respect (les juridictions internes) exercent leurs fonctions respectives à la lumière des exigences attachées au respect des droits fondamentaux.

D'une certaine manière, il peut être soutenu que le contrôle de fondamentalité exercé par la Cour de justice est un instrument au soutien de la parfaite application du droit de l'UE là où la Cour européenne applique la Convention aux différents ordres internes relevant de son espace juridique au service de l'effectivité du respect des droits fondamentaux.

Ces caractéristiques sont autant de marqueurs des deux systèmes européens qui n'ont pas vocation à disparaître. Pour autant, ces spécificités propres qui sont inhérentes à la nature du projet qu'elles poursuivent ne doivent masquer ni les fondements partagés dès l'origine ni le rapprochement progressif entre les deux ordres européens qui est à l'œuvre de manière constante depuis leur création.

2. Les fondements partagés œuvrant à un rapprochement progressif

Les deux organisations européennes poursuivent en effet un but commun :

- « réaliser une union plus étroite entre ses membres » pour le Conseil de l'Europe ainsi que l'indique le Préambule de la Convention ;
- « établir entre les peuples de l'Europe une union sans cesse plus étroite » s'agissant de l'Union européenne ainsi que le rappellent les préambules du traité sur l'Union européenne (TUE) et de la Charte des droits fondamentaux.

Ces perspectives partagées s'enracinent dans l'histoire et la civilisation européennes et se projettent dans le même horizon nourri de valeurs communes.

L'homogénéité matérielle du système européen de garanties juridictionnelles est directement liée au système de valeurs communes aux deux ordres européens qui sont le fruit de cette histoire et de cette civilisation⁸.

Les deux projets européens qui visent à « assurer la justice et la paix » (préambule de la Convention) à « partager un avenir pacifique » (préambule de la Charte) reposent en effet sur les mêmes fondements : démocratie, État de droit ou prééminence du droit, droits de l'homme ou droits fondamentaux (préambule de la Convention et préambule du TUE) qui manifestent les mêmes « valeurs indivisibles et universelles » (préambule de la Charte) et le même « patrimoine commun d'idéal » (préambule de la Convention). Alors que par son objet même et par sa nature d'instrument au service de l'humanisme juridique, la Convention européenne est irréductiblement anthropocentrée, plaçant l'individu au cœur du système de protection qu'elle organise, la construction européenne n'a eu de cesse, au gré du développement des grandes libertés que sont la liberté de circulation des biens, des services, des capitaux et des hommes, d'accompagner la définition du droit communautaire par la consécration de droits individuels ainsi que le reconnaît le Préambule de la Charte en rappelant que l'Union « place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ».

⁸ L. Potvin-Solis, *op. cit.*, p. 601.

Ainsi que l'explique Jean-Paul Jacqué (dans son article « *Protéger les valeurs communes aux états membres de l'Union européenne. Sommes-nous au terme d'un long cheminement ?* ») : « Ce n'est que progressivement que s'est imposée la perception selon laquelle la vocation économique de la communauté ne s'accompagnait pas d'une indifférence face aux valeurs »⁹. Cela se traduit dans le TUE par des mécanismes de protection des valeurs visées à l'article 2 TUE : l'article 49 TUE fait du respect de ses valeurs une condition d'adhésion tandis que l'article 7 TUE prévoit la procédure qui permet de veiller au respect de celles-ci par les États membres. Par ailleurs, par sa jurisprudence, la Cour de justice a rapidement consacré l'existence d'un lien étroit entre les valeurs et les exigences des politiques communautaires¹⁰.

Non seulement les deux ordres juridiques européens ont inscrit, en leur cœur, le respect des droits fondamentaux mais encore ils protègent les mêmes droits civils et politiques ainsi qu'économiques et sociaux. Si certains droits ne sont garantis que dans l'un ou l'autre des deux instruments juridiques, il faut souligner la très large coïncidence des droits protégés. Ce large recoupement est parfois le fruit d'une création prétorienne, les droits expressément posés dans l'un des deux instruments juridiques trouvant leur écho dans l'interprétation jurisprudentielle dégagée à partir d'un texte qui ne les prévoyait pas expressément. La jurisprudence de la Cour européenne des droits l'homme a ainsi consacré certains droits dérivés des dispositions de la Convention dont la substance et l'étendue rejoignent celles de droits expressément consacrés dans la Charte : protection des données à caractère personnel (article 8 de la Charte) attachée au respect de la vie privée au titre de l'article 8 de la CourEDH, garantie équivalente à celle accordée par le droit d'asile (article 18 de la Charte) apportée sous le timbre de l'article 3 de la Convention¹¹ ou encore protection des personnes au regard des risques environnementaux attachés aux articles 2, 3 et 8 de la Convention là où l'article 35 de la charte garantit expressément la protection de l'environnement en tant que tel.

Cette large coïncidence des droits fondamentaux protégés s'explique également par le fait qu'aussi bien ceux garantis par la Convention européenne que ceux consacrés par l'ordre juridique de l'UE sont issus de l'héritage partagé des différents États du continent européen et faisaient pour l'essentiel déjà l'objet des traditions constitutionnelles communes. Ainsi que l'expliquait, lors des débats préparatoires à la rédaction de la Convention, Pierre Henri Teitgen : « le fond commun de nos législations [nationales], les principes généraux, qui se dégagent de l'ensemble de ces législations, permettront de définir à coup sûr le contenu pratique de chacune de ces libertés ».

Ce relevé des fondements partagés serait incomplet si n'y figurait pas l'axe de progrès dans lequel les deux systèmes se sont inscrits dès l'origine ainsi que cela apparaît dans les deux préambules :

- il s'agit pour le Conseil de l'Europe d'atteindre « ce but qu'est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ;
- il s'agit pour l'UE, « en les rendant plus visibles dans une Charte de renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques ».

S'exprime ici la nécessité d'actualiser la portée des droits protégés, tâche qui incombe au premier chef aux cours européennes auxquelles il appartient de dégager une interprétation dynamique et évolutive des traités. De même que, pour reprendre les termes de Robert Lecourt, dans

⁹ J-P. Jacqué, « Protéger les valeurs communes aux états membres de l'Union européenne. Sommes-nous au terme d'un long cheminement ? », in *Mélanges en l'honneur de Florence Benoît-Rohmer*, 2023, p. 260.

¹⁰ Comme le souligne Jean-Paul Jacqué dans son article précité : « dans l'arrêt *Hauer* [du 13 septembre 1979], elle justifie clairement l'incorporation des droits fondamentaux dans les principes généraux du droit par la nécessité d'assurer l'application effective du droit communautaire ».

¹¹ À cet égard, l'article 3 de la Convention englobe l'interdiction du refoulement au sens de la Convention de Genève (CourEDH, Gde ch., 13 février 2020, nos 8675/15 et 8697/15, *N.D. et N.T. c. Espagne*).

son ouvrage « *L'Europe des juges* » (1976), la vision de la Cour de justice d'un droit vivant et évolutif révèle le "dynamisme caché de l'intégration juridique" communautaire, la Cour européenne rappelle, de manière constante, que la Convention est un « instrument vivant » à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques afin d'assurer, dans le contexte contemporain, le respect des droits concrets et effectifs (voir, entre autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31 et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], 11 juillet 2002).

A cette congruence matérielle s'ajoutent des passerelles textuelles qui permettent d'assurer, au-delà des fondements partagés, la cohérence d'ensemble entre les deux ordres juridiques européens :

- l'article 53 de la Convention prévoit ainsi qu'aucune des dispositions ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément, notamment, à tout autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie (l'article 53 de la Charte étant une disposition miroir de cet article) ;
- l'article 52 de la Charte, qui prolonge l'incorporation, par la Cour de justice, des exigences conventionnelles dans le champ des principes généraux du droit communautaire, prévoit que dans la mesure où celle-ci contient des droits correspondants à des droits garantis par la CourEDH leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention, cette disposition ne faisant pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

3. Convergences et complémentarité au service d'une cohérence d'ensemble

Si la genèse des deux systèmes explique et justifie les spécificités qui s'y attachent, les fondements partagés ont conduit de manière progressive et constante, à leur rapprochement sans pour autant qu'il soit question qu'ils se confondent ou que l'un englobe l'autre. Ni confusion au risque du doublon, ni absorption au risque du monopole ni opposition au risque de la confrontation. Les convergences qui se manifestent, s'agissant du respect de droits fondamentaux, illustrent bien au contraire la complémentarité entre les deux systèmes qui sont dotés des instruments permettant d'œuvrer à la recherche d'une synergie et d'une cohérence d'ensemble¹².

La configuration de ces rapports de systèmes ainsi que la plus ou moins grande nécessité d'en assurer l'harmonieuse articulation sont fonction de la nature des situations litigieuses. Elles varient selon que les litiges portés devant la Cour européenne concernent un État non membre de l'UE ou un État également membre de l'UE, et dépendent, dans ce cas, de ce que la situation litigieuse relève ou non du champ de la mise en œuvre du droit de l'Union.

Si l'on croise ces différentes possibilités, les interactions entre les deux ordres juridiques recouvrent les différentes hypothèses suivantes.

Première hypothèse : la situation litigieuse concerne directement les actes ou les institutions de l'UE. Dès lors que l'Union n'est pas partie à la Convention, les requêtes dirigées directement contre elle sont irrecevables pour incompatibilité *ratione personae*. S'agissant des violations alléguées de la Convention qui trouvent leur origine dans un acte de l'UE, la Cour de Strasbourg considère en effet que le requérant ne relève pas de la juridiction des États défendeurs au sens de l'article premier la Convention (voir notamment s'agissant de la révocation d'un fonctionnaire de la commission

¹² Ainsi que l'explique la professeure Laurence Potvin-Solis, dans son article précité, les « rapports de systèmes gouvernent la mise en œuvre juridictionnelle de la Convention et celle de la Charte et imposent la conjugaison de ces mises en œuvre entre les deux juges européens qui se réalise par la singularité du lien entre leur jurisprudence respective. Ainsi, le dialogue entre eux est par lui-même gage de garantie des droits fondamentaux dès lors que la relation entre la Convention et le droit de l'Union passe par sa médiation juridictionnelle ».

européenne la décision *Conolly c. 15 Etats membres de l'Union européenne*¹³). C'est notamment dans ce domaine que l'adhésion de l'Union à la Convention ouvrirait de nouvelles perspectives contentieuses.

Deuxième hypothèse : la situation litigieuse porte sur l'examen de mesures nationales d'application du droit de l'UE. La Convention n'interdit en effet pas aux États parties de transférer des pouvoirs à une organisation internationale à des fins de coopération dans certains domaines d'activité mais ceux-ci demeurent responsables de tous les actes et omissions de leurs organes y compris ceux qui découlent de la nécessité de respecter des obligations juridiques internationales.

Afin de régler ce type de situation litigieuse en évitant de placer les États, dans le cadre européen, face au dilemme que constituerait une telle forme de conflit de loyauté juridique et/ou judiciaire, la Cour européenne a dégagé une présomption de protection équivalente.

Cette présomption communément appelée présomption *Bosphorus* du nom de l'arrêt de Grande Chambre de 2005¹⁴ qui l'a consacrée est une figure désormais bien connue permettant d'assurer l'articulation entre les deux réseaux de normes européennes et d'atteindre la plus grande harmonie possible dans les rapports de systèmes.

Il est présumé qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter les obligations juridiques résultant de son adhésion à une organisation offrant une protection à tout le moins équivalente, en matière de droits fondamentaux, à celle assurée par la Convention. La présomption *Bosphorus* repose sur le double constat, d'une part, que la protection des droits fondamentaux assurée par l'ordre juridique de l'UE est en principe équivalente à celle assurée par la Convention et, d'autre part, que le mécanisme de contrôle du respect de ces droits fondamentaux accorde une protection comparable à celle offerte par la Convention (voir notamment sur ce point l'arrêt de Grande Chambre de 2016 *Avotiņš c. Lettonie*¹⁵ qui s'attache pour ce faire au rôle et aux compétences de la Cour de justice).

Une fois la présomption de protection équivalente établie, celle-ci peut toutefois être renversée s'il apparaît que, dans l'affaire en question, la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans ce cas, l'État défendeur demeure entièrement responsable au regard de la Convention (voir par exemple *Bivolaru et Moldovan c. France* 2021¹⁶ avec un constat de violation de l'article 3). En revanche, si elle constate que la présomption s'applique et qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, d'insuffisance manifeste dans la protection des droits garantis par la Convention, la Cour conclut à l'absence de violation des droits invoqués.

L'application de présomption *Bosphorus* est soumise à deux conditions cumulatives :

- d'une part, l'absence de marge d'appréciation pour les autorités nationales. Pour que la Cour fasse jouer la présomption de protection équivalente, encore faut-il que l'atteinte alléguée aux droits invoqués découle d'une obligation juridique qui pèse sur l'État défendeur. Dès lors que celui-ci est mis en cause pour une ingérence qui résulterait de son pouvoir d'appréciation ou d'une marge de manœuvre autonome, la présomption ne joue pas (voir par exemple *M.S.S c. Belgique et Grèce* [GC] 2011¹⁷ s'agissant de l'application de la clause dite de souveraineté prévue par le règlement Dublin ; *O'Sullivan Mc Carthy Mussel Development Ltd c. Irlande* 2018¹⁸ s'agissant de la mise en œuvre d'un arrêt de la Cour de justice rendu dans le cadre d'un recours en manquement dès lors que l'obligation de s'y

¹³ CourEDH, 9 décembre 2008, n° 73274/01, *Conolly c. 15 Etats membres de l'Union européenne* (dec.).

¹⁴ CourEDH, Gde ch., 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*.

¹⁵ CourEDH, Gde ch., 23 mai 2016, n° 17502/07, *Avotiņš c. Lettonie*.

¹⁶ CourEDH, 25 juin 2021, nos 40324/16 et 12623/17, *Bivolaru et Moldovan c. France*.

¹⁷ CourEDH, Gde ch., 21 janvier 2011, n° 30696/09, *M.S.S c. Belgique et Grèce*.

¹⁸ CourEDH, 8 octobre 2018, n° 44460/16, *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irlande*.

conformer ne porte que sur le résultat à atteindre et non sur les moyens pour ce faire). En revanche, s'agissant de la mise en œuvre de la décision cadre relative au mandat d'arrêt européen, la Cour a considéré que l'autorité judiciaire d'exécution ne pouvait être regardée comme disposant pour assurer ou refuser d'assurer l'exécution de ce mandat d'une marge de manœuvre autonome dans la mesure où le pouvoir d'appréciation des faits et des circonstances ainsi que des conséquences juridiques devant y être attachées était exercé dans un cadre strictement défini par la jurisprudence de la Cour de justice (*Bivolaru et Moldovan c France* 2021, précité) ;

- d'autre part, le déploiement de l'intégralité des potentialités du mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'UE. Tel est le cas lorsque les juridictions internes ont saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle ou qu'il a été considéré que l'affaire ne soulevait aucune question sérieuse de compatibilité avec les droits fondamentaux. En revanche, après avoir relevé le choix du Conseil d'État de ne pas saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle alors qu'elle n'avait pas déjà examinée la question regardée comme sérieuse en litige, la Cour a considéré que cette condition n'était pas remplie (*Michaud c. France* 2013¹⁹). Cette condition manifeste la confiance exprimée par la Cour de Strasbourg envers l'efficacité du mécanisme de contrôle juridictionnel prévu par le droit de l'Union. En l'érigeant comme un prérequis, la Cour de Strasbourg a consacré un modèle de coopération juridictionnelle reposant sur une forme de relais entre les deux juridictions européennes. Pareille préoccupation se manifeste dans la jurisprudence relative à l'obligation, pour les juridictions internes, de motiver le refus de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. La Convention ne garantit pas en tant que tel le droit au renvoi préjudiciel de la part du juge interne mais la Cour n'exclut pas que, dans certaines hypothèses, le refus opposé par une juridiction nationale puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure protégé par l'article 6§1 de la Convention. Celui-ci a ainsi été interprété comme mettant à la charge des juridictions internes une obligation de motiver de tels refus, consacrant ainsi dans l'ordre juridique conventionnel un écho aux critères consacrés par la Cour de justice dans la jurisprudence *Cilfit* de 1982²⁰ (voir par exemple *Dhahbi c. Italie* 2014²¹ ; *Sanofi Pasteur c. France* 2020²²).

La présomption *Bosphorus* est emblématique de la sophistication des constructions prétoriennes mises en place pour assurer efficacement la protection des droits fondamentaux dans un système européen à plusieurs niveaux. Elle revêt en effet quatre types de dimensions :

- une dimension systémique : l'exigence d'une protection comparable des droits fondamentaux s'inscrivant au cœur des rapports de systèmes ;
- une dimension normative correspondant, en termes de causalité adéquate, à la recherche du fait générateur de l'ingérence contestée devant la cour européenne, pour déterminer en fonction de l'existence ou de l'absence d'un pouvoir d'appréciation, son imputabilité à l'État mis en cause ;
- une dimension fonctionnelle mobilisant la coopération judiciaire entre les deux cours ;
- une dimension concrète, se manifestant comme une forme de corde de rappel, par la vérification de l'absence d'insuffisance manifeste de protection.

¹⁹ CourEDH, 6 mars 2013, n° 12323/11, *Michaud c. France*.

²⁰ CJCE, 6 octobre 1982, aff. n° 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*.

²¹ CourEDH, 8 juillet 2014, n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*.

²² CourEDH, 13 juin 2020, n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*.

Troisième hypothèse : la situation litigieuse ne porte ni sur un acte de l'UE ni sur une mesure nationale d'application mais suscite, en raison des enjeux qu'elle soulève, un vis-à-vis entre la protection conventionnelle des droits fondamentaux et celle apportée par le droit de l'UE.

Fidèle à la technique d'interprétation harmonieuse de la Convention, la Cour européenne n'hésite pas à mobiliser au même titre que d'autres instruments de droit international, les instruments du droit de l'UE et la jurisprudence de la Cour de Luxembourg même lorsque ceux-ci ne sont pas décisifs et y compris lorsque l'affaire est dirigée contre un État non membre de l'Union (voir par exemple s'agissant de l'existence ou de l'absence d'un consensus en matière de répression de la négation d'un génocide l'arrêt de Grande chambre 2015 *Perinçek c. Suisse*²³). Cela s'explique par le grand nombre de matières partagées par les deux ordres juridiques et la part croissante qu'y occupent les droits fondamentaux, tels le contentieux de l'asile et de l'immigration, les droits procéduraux en matière de procédure pénale, la liberté de religion, l'interdiction de la discrimination, l'indépendance judiciaire, la question du droit à l'oubli ou encore la protection des données personnelles pour ne donner que quelques exemples. Il est ainsi significatif de relever que la dernière demande d'avis consultatif formulée, sur le fondement du Protocole 16, par la Haute cour de cassation et de justice de Roumanie porte sur la question de l'application des articles 6 de la Convention et 1^{er} du protocole I à une loi prise pour donner suite aux exigences formulées par la Commission européenne dans une décision de 2006 établissant un mécanisme de coopération et de vérification²⁴.

Les décisions et les arrêts de la Cour européenne fourmillent ainsi de nombreuses références au droit de l'UE qui sont autant d'éléments de contexte ou de sources d'inspiration témoignant du souci d'assurer la plus grande cohérence d'ensemble entre les deux ordres juridiques et assurant, ce faisant, la complémentarité entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux (voir pour des exemples récents notamment les arrêts du 8 novembre 2021 n° 49868/19 et 57511/19 *Dolińska-Ficek et Ozimek c Pologne* et du 23 novembre 2023 n° 50849/21 *Walesa c. Pologne* avec le renvoi à l'arrêt de Grande Chambre de la CJUE du 5 juin 2023 *Commission v. Poland* ou encore l'arrêt du 13 février 2024 n°16760/22 *Affaire Executief van de Moslims van België et autres c. Belgique et autres* avec le renvoi à l'arrêt de la CJUE du 17 décembre 2020 *Centraal Israëlitisch Consistorie van België et autres*). De la même manière, les arrêts de la Cour de Luxembourg comportent de nombreuses références à ceux de la Cour européenne. Pour ne citer que les plus récents, on peut songer à l'arrêt du 30 avril 2024 *La Quadrature du net et autres*²⁵ avec notamment la référence à l'arrêt de la Cour *Benedik c. Slovénie*²⁶ ou encore l'arrêt *K. B. and F. S* du 22 juin 2023²⁷ dans lequel la Cour de justice a fait sienne l'évaluation globale de l'équité de la procédure pénale en se référant notamment à l'arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*²⁸.

L'arrêt *K.I. c. France* 2021²⁹ illustre particulièrement bien l'opération d'articulation de normes que la Cour européenne s'efforce d'assurer. Dans cette affaire, il s'agissait d'articuler entre eux le droit de la Convention de Genève de 1951, le droit de l'UE et celui de la Convention européenne s'agissant de la distinction à opérer entre la révocation du statut de réfugié et le maintien de la qualité de réfugié,

²³ CourEDH, Gde ch., 15 octobre 2015, n° 27510/08, *Perinçek c. Suisse*.

²⁴ Tandis que sont pendantes devant la Grande Chambre plusieurs requêtes dirigées contre les Pays-Bas portant notamment sur la compatibilité avec l'article 8 de la Convention du transfert et de l'utilisation, dans une procédure relevant du droit de la concurrence, de données obtenues dans le cadre d'une enquête pénale, questions qui, par leur nature, suscitent un vis-à-vis entre les jurisprudences des deux Cours européennes.

²⁵ CJUE, 6 octobre 2020, aff. C-511/18, *La Quadrature du Net e.a. contre Premier ministre e.a.*

²⁶ CourEDH, 24 juillet 2018, n° 62357/14, *Benedik c. Slovenia*.

²⁷ CJUE, Gde ch., 22 juin 2023, aff. C-660/21, *Procédure pénale contre K.B. et F.S.*

²⁸ CourEDH, Gde ch., 13 septembre 2016, n°s 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, *Ibrahim et autres. c. Royaume-Uni*.

²⁹ CourEDH, 15 juillet 2021, n° 5560/19, *K.I. c. France*.

en vertu d'un arrêt de la CJUE du 14 mai 2019³⁰, et des conséquences qu'il convient d'en tirer s'agissant de l'éloignement forcé d'un étranger et de l'appréciation du risque qu'il encourt au regard de l'article 3 de la Convention : « 123. La Cour souligne toutefois qu'aux termes des articles 19 et 32 § 1 de la Convention, elle n'est pas compétente pour appliquer les règles de l'Union européenne 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. En outre, statuant dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, tel que celui relatif à la question du maintien de la qualité de réfugié à la suite de la révocation de ce statut, la CJUE, à la différence des juridictions nationales et de la Cour, est parfois invitée à se prononcer sur la validité *in abstracto* des possibilités offertes par les dispositions du droit de l'Union européenne (paragraphe 79 ci-dessus). D'une manière plus générale, il appartient au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne, si nécessaire en conformité avec le droit de l'Union européenne, le rôle de la Cour se bornant à déterminer si les effets de leurs décisions dans un cas concret sont compatibles avec la Convention (*N.H. et autres c. France*, n^{os} 28820/13 et 2 autres, § 166, 2 juillet 2020). De façon plus particulière, la Cour ne s'est pas, à ce jour, prononcée sur la distinction faite dans le droit de l'Union européenne et dans le droit interne entre le statut et la qualité de réfugié. Elle souligne que ni la Convention ni ses Protocoles ne protègent en tant que tel le droit d'asile. La protection qu'ils offrent se limite aux droits qui y sont consacrés, ce qui inclut, en particulier, ceux garantis par l'article 3 de la Convention tels que rappelés ci-dessus. À cet égard, l'article 3 de la Convention englobe l'interdiction du refoulement au sens de la Convention de Genève (*N.D. et N.T. c. Espagne*, précité, § 188) »³¹.

Ce mouvement d'écoute respective, de prise en considération et de convergence ne fait pas pour autant disparaître certaines spécificités qui s'expliquent par les offices respectifs de ces deux juridictions.

Les exemples suivants en fournissent d'éclairantes illustrations.

Le principe *ne bis in idem* qui pose le droit à n'être ni poursuivi ni puni pénalement une seconde fois pour les mêmes faits, garanti à la fois par l'article 4 du protocole 7 et par l'article 50 de la Charte, est l'un de ceux qui illustrent particulièrement les intersections qui existent entre les deux ordres juridiques européens. La Cour européenne se réfère abondamment au droit de l'Union et à la jurisprudence de la Cour de justice dans les affaires où elle est amenée à faire application de ce principe. C'était déjà le cas dans l'arrêt de Grande Chambre 2009 *Zolotoukine c. Russie*³². C'est encore le cas dans celui de 2016 qui a clarifié la batterie de critères maniés pour la mise en œuvre de ce principe (*A. et B. c. Norvège* 2016³³ ; voir plus récemment *Nodet c. France* 2019³⁴ encore *Galović c. Croatie* 2021³⁵). Pour autant, la jurisprudence des deux cours n'est pas identique (voir par exemple

³⁰ CJUE, Gde ch., 14 mai 2019, aff. jointes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, *M c/ Ministerstvo vnitra et X et X c/ Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*.

³¹ Voir également § 144 : « Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, le fait que l'intéressé a la qualité de réfugié est un élément qui doit être particulièrement pris en compte par les autorités internes lorsqu'elles examinent la réalité du risque que celui-ci allègue subir en cas d'expulsion (voir, *mutatis mutandis*, *Shiksaitov c. Slovaquie*, nos 56751/16 et 33762/17, §§ 70-71, 10 décembre 2020, et *Bivolaru et Moldovan c. France*, nos 40324/16 et 12623/17, § 141, 25 mars 2021). Or, à la lumière de ce qui vient d'être dit aux paragraphes 142 à 143 ci-dessus, la Cour relève que la circonstance que la révocation du statut de réfugié du requérant est sans incidence sur le maintien ou non de sa qualité de réfugié n'a pas été prise en compte par les autorités françaises dans le cadre de l'édiction puis du contrôle de la mesure d'éloignement vers la Fédération de Russie. La Cour en déduit que les autorités françaises et les juridictions internes n'ont pas évalué les risques que le requérant allègue encourir dans l'hypothèse où la mesure d'éloignement serait mise à exécution à l'aune de cette circonstance et du fait que, du moins lors de son arrivée en France en 2011, l'intéressé a été identifié comme appartenant alors à un groupe ciblé ».

³² CourEDH, Gde ch., 10 février 2009, n^o [14939/03](#), *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*.

³³ CourEDH, Gde ch., 15 novembre 2016, n^{os} 24130/11 et 29758/11, *A et B c. Norvège*.

³⁴ CourEDH, 6 septembre 2019, n^o 47342/14, *Nodet c. France*.

³⁵ CourEDH, 30 novembre 2021, n^o 45512/11, *Galović v. Croatia*.

Luca Menci de 2018³⁶ dans lequel la CJUE admet que le principe peut être limité dans l'objectif de protéger les intérêts financiers de l'Union ou encore l'arrêt du 23 mars 2023 *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg*³⁷ s'agissant des exceptions au principe). Pour reprendre les termes du juge André Potocki, les cours ont finalement adopté deux méthodes différentes pour une nouvelle orientation commune. Cette différence de méthodes s'explique par les spécificités des deux ordres juridiques. Là où la Charte contient à l'article 52 §1 des dispositions générales prévoyant une limitation des droits au regard d'un objectif d'intérêt général, sous condition de proportionnalité (ce qui explique que le raisonnement de la Cour de justice se fonde sur l'exigence de nécessité et d'effectivité de la limitation apportée au principe *ne bis in idem*), la Convention ne permet pas de tenir un tel raisonnement s'agissant de ce principe, aucune dérogation à l'article 4 du protocole 7 n'étant autorisée. Il s'agit en effet d'un droit non dérogeable auquel ne saurait s'appliquer un contrôle de proportionnalité. Pour autant les critères de contrôle du respect de ce principe convergent pour l'essentiel à savoir la complémentarité des procédures, la prévisibilité du cumul de celles-ci et la proportionnalité de la sanction globale assurant ainsi d'un point de vue général une cohérence d'ensemble.

Pareille différence d'approches se retrouve dans les affaires soulevant la question de la discrimination. Alors même que la jurisprudence de la Cour de justice a une certaine influence sur l'application que fait la Cour européenne de l'article 14 de la Convention (voir par exemple s'agissant de la discrimination par association *Guberina c. Croatie* 2016³⁸ ou *Molla Sali c. Grèce* 2018³⁹), la différence entre les méthodes retenues par les deux Cours découle des spécificités des deux ordres juridiques. Ainsi que l'explique la présidente Siofra O'Leary⁴⁰, il existe ainsi un contraste entre l'office de la Cour européenne chargée de dégager un niveau minimum de protection des droits fondamentaux qui doivent pouvoir être exercés de manière non discriminatoire et la nature constitutionnelle de l'ordre juridique de l'UE qui comporte des clauses assurant une stricte égalité tels les articles 20 et 21 de la charte ou encore l'article 2 qui en fait une des valeurs de l'Union. Cela ne fait en rien obstacle à ce que la Cour tienne compte du droit de l'UE, dans la mesure du nécessaire, pour juger soit au regard de l'article 14 (combiné avec l'article 2 du protocole 1 *Moraru c. Roumanie* 2023⁴¹) soit au regard de l'article 1^{er} du protocole 12 (*Moraru et Marin c. Roumanie* 2023⁴²). Dans ces deux affaires, les constats de violation reposent pour partie sur le fait que les juridictions internes n'avaient pas tiré toutes les conséquences des arrêts de la CJUE rendus en la matière.

Reconnaître et assumer les nuances qui existent participent du bon fonctionnement général de l'ensemble que constituent les deux ordres européens. Elles sont en effet moins le signe d'un cavalier seul judiciaire qui serait préjudiciable à l'efficacité du système de protection des droits fondamentaux que la manifestation naturelle des spécificités propres à chacun des deux systèmes.

Le maintien légitime de ces différences s'inscrit dans un contexte général de convergence où se manifeste de manière de plus en plus visible un phénomène de fertilisation croisée qui repose sur un choix de politique judiciaire tendant à privilégier, dans toute la mesure du possible, des solutions harmonieuses.

Dans l'arrêt récent du 13 mai 2024 *X c. Grèce*⁴³ qui concerne les obligations positives découlant des articles 3 et 8 de la Convention et conclut à une violation de celles-ci s'agissant des défaillances des autorités d'enquête et de justice à apporter une réponse adéquate à des allégations de viol, la

³⁶ CJUE, Gde ch., 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Procédure pénale contre Luca Menci*.

³⁷ CJUE, 23 mars 2023, aff. C-365/21, *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg*.

³⁸ CourEDH, 12 septembre 2016, n° 23682/13, *Guberina c. Croatie*.

³⁹ CourEDH, 19 décembre 2018, n° 20452/14, *Molla Sali c. Grèce*.

⁴⁰ S. O'Leary, « The Principle of Non-Discrimination – Methodology and Application », visite de la CEDH à la CJEU, novembre 2011.

⁴¹ CourEDH, 8 février 2023, n° 64480/19, *Moraru c. Roumanie*.

⁴² CourEDH, 20 mars 2023, n°s 53282/18 and 31428/20, *Moraru et Marin c. Roumanie*.

⁴³ CourEDH, 13 mai 2024, n° 38588/21, *X c. Grèce*.

Cour a ainsi cité, dans la partie relative aux matériaux de droit international, la directive de 2012 sur le droit des victimes ainsi que le rapport de 2015 sur les violences faites aux femmes publié par l'Agence de l'Union européenne pour les droits fondamentaux auxquels elle s'est expressément référée dans la partie de son raisonnement relatif à l'appréciation du consentement de la victime (§ 82).

La protection accordée aux lanceurs d'alerte au regard de l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression est également emblématique d'un tel chassé-croisé entre les deux ordres juridiques. Par son arrêt de Grande chambre de 2008 *Guja c. Moldavie*⁴⁴, la Cour européenne avait posé les premiers fondements d'un cadre de protection élevée du lancement d'alerte. À la suite de cet arrêt fondateur, le niveau de protection accordé aux lanceurs d'alerte dans les autres ordres juridique n'a cessé de se développer jusqu'à l'adoption de la directive du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des infractions et sa transposition dans les ordres juridiques des Etats membres. Prenant acte de cette élévation du niveau de protection, la Cour a été amenée à consolider et clarifier sa jurisprudence en adoptant l'arrêt de Grande Chambre *Halet c. Luxembourg* de 2023⁴⁵ :

« 120. [...] la Cour est pleinement consciente des évolutions survenues depuis l'adoption de l'arrêt *Guja*, en 2008, qu'il s'agisse de la place qu'occupent désormais les lanceurs d'alerte dans les sociétés démocratiques et du rôle de premier plan qu'ils sont susceptibles de jouer en mettant au jour des informations d'intérêt public ou du développement du cadre juridique européen et international en matière de protection des lanceurs d'alerte (paragraphe 54-58 ci-dessus). Elle estime dès lors opportun de saisir l'occasion que lui fournit le renvoi de la présente affaire devant la Grande Chambre pour confirmer et consolider les principes qui se dégagent de sa jurisprudence en matière de protection des lanceurs d'alerte, en en affinant les critères de mise en œuvre, à la lumière du contexte européen et international actuel ».

On mesure, à l'aune de ces exemples, le caractère fructueux des échanges entre les deux ordres juridiques européens qu'assure le dialogue entre les deux Cours. Comme le relèvent les professeurs Sudre et Labayle : « dans une vision harmonisatrice des rapports de systèmes, l'impératif de concordance normative ou d'homogénéité interprétative ne peut, en matière de protection des droits fondamentaux, qu'aller dans le sens d'un alignement sur le standard de protection le plus élevé ».

À ceux qui craignent que trop de droit tue les droits ou que la multipolarité juridictionnelle ne conduise à la concurrence voire à la guerre des juges, les évolutions institutionnelles et normatives à l'œuvre, les politiques judiciaires des deux juridictions européennes comme le cours de leurs jurisprudences démontre que si elles ne sont pas jumelles, les cours de Strasbourg et de Luxembourg exercent leurs fonctions respectives comme deux sœurs au service de la protection des droits fondamentaux. En œuvrant de la sorte, elles manifestent leur volonté partagée d'exercer conjointement leur office au service des juges nationaux et de la mission de protection des droits fondamentaux qui leur incombe en tant que juges de droit commun de l'application du droit de l'UE et premiers garants, dans leur ordre interne, du respect effectif des droits protégés par la CourEDH.

De même que le pluralisme politique est une des garanties de la démocratie, le pluralisme juridique est une des conditions de la garantie des droits.

⁴⁴ CourEDH, Gde ch., 12 février 2008, n° 14277/04, *Guja c. Moldova*.

⁴⁵ CourEDH, Gde ch., 14 février 2023, *Halet c. Luxembourg*.