

**LE DROIT COMPARÉ FACE  
À L'HARMONISATION DES DROITS**

**Actes de la XV<sup>e</sup> édition des journées juridiques  
franco-roumaines**

*(Strasbourg, 16-18 juin 2011)*



**SOCIÉTÉ  
DE LÉGISLATION  
COMPARÉE**



## TABLE DES MATIÈRES

### DROIT CIVIL

Regards sur le processus de formation d'un droit européen des contrats  
Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ..... 7

Le régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts établi par  
l'accord franco-allemand du 4 février 2010 : un modèle pour une future  
harmonisation européenne ?  
Estelle NAUDIN ..... 25

### DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Les changements climatiques et l'évolution du droit de l'environnement  
Mircea DUȚU..... 39

La responsabilité civile pour les atteintes à l'environnement en droit  
roumain  
Marilena ULIESCU..... 63

Rapport français sur le droit de l'environnement  
La responsabilité juridique en droit français de l'environnement  
Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRÈNE ..... 81

### DROIT EUROPÉEN

Les exigences conventionnelles de l'adhésion de l'Union européenne à la  
Convention européenne des droits de l'homme  
Corneliu-Liviu POPESCU ..... 99

La protection de l'autonomie de l'Union européenne est-elle une condition  
existentielle de son adhésion à la CEDH ?  
Frédérique BERROD ..... 121

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de  
l'homme : un processus achevé ?  
Dorothee MEYER ..... 139



# **DROIT CIVIL**



## REGARDS SUR LE PROCESSUS DE FORMATION D'UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS\*

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON\*\*

Depuis 1989, le Parlement européen lance régulièrement des appels à l'harmonisation du droit civil en Europe, c'est-à-dire du droit des obligations (contrats, responsabilité), sûretés, biens, mais aussi droit des personnes, droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille. Ainsi par exemple, dans deux résolutions adoptées les 23 mars et 6 septembre 2006 le Parlement européen « réaffirme sa conviction qu'un marché intérieur

---

\* Cette contribution a été écrite pour les journées franco-roumaines qui se sont déroulées les 17 et 18 juin 2011 à Strasbourg. L'actualité du droit européen des contrats a été très dense depuis et a justifié une actualisation importante, dans la deuxième partie de l'étude.

La directive relative aux droits des consommateurs a été adoptée le 25 octobre 2011 : Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE*, 22.11.2011, L304/65. A. ASTAIX, « Vente à distance et démarchage : publication de la directive », *D.* 2011.2926. Cette directive ne modifie que la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et celle sur les contrats à distance car la proposition de directive de 2008 relative aux droits des consommateurs, avait suscité de vives critiques dans toute l'Europe, notamment en raison du projet d'harmonisation maximale (v. *infra*).

Le 11 octobre 2011, la Commission européenne a adopté une Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un « droit commun européen de la vente ». Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 du 11.10.2011. Pour une étude de ce texte, v. C. AUBERT de VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, Aperçu rapide par C. Aubert de Vincelles », *JCP* 2011.1376 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012.34. Cette proposition de règlement, en cours de discussion au Parlement et au Conseil, constitue une étape très importante vers un droit européen des contrats, additionnel et optionnel. Sur tous ces aspects et pour une étude du contenu du texte, v. les références préc.

\*\* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Secrétaire générale de la Société de législation comparée, membre de l'Institut universitaire de France.

uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil »<sup>1</sup>.

Ces appels, ainsi que certaines initiatives européennes (dont la constitution d'un « groupe d'études sur le Code civil européen »<sup>2</sup>) ont été à l'origine d'un vif débat sur l'unification du droit privé européen ou, pour le dire plus clairement, sur un éventuel « Code civil européen ».

Un Code civil européen, symbole de l'unité européenne, serait aussi celui de la perte d'une partie de la souveraineté des États membres, qui n'y sont pas prêts. Même si le Traité de Lisbonne renforce certaines prérogatives législatives du Parlement européen, contrairement aux législateurs nationaux, le législateur communautaire ne jouit que d'une compétence d'attribution et ne peut agir que dans le cadre des dispositions prévues par les traités, en respectant les principes de subsidiarité et de proportionnalité, dont l'application est contrôlée par la CJCE.

Le Traité de Lisbonne a réaffirmé l'importance du *principe de subsidiarité*<sup>3</sup>. Le Protocole n° 2 « sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité » fixe les conditions d'application de ces principes et établit un système de contrôle de leur application<sup>4</sup>.

L'article 114.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE (ex-article 95 TCE), prévoit ceci :

« Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

<sup>1</sup> Résolution du Parlement, du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres, JOCE C 158/400 ; Résolution du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres, JOCE 1994 C 205/518 ; Résolution du 15 novembre 2001 du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres (COM(2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187 (COS)) ; Résolution sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis : la voie à suivre (2005/2022(INI)) ; Résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats, P6\_TA\_PROV (2006)0352.

<sup>2</sup> V. *infra*.

<sup>3</sup> Art. 3 ter para. 3 du Traité sur l'Union européenne (modifié par le Traité de Lisbonne) : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

<sup>4</sup> En vertu de ce Protocole n° 2, chaque institution européenne veille « de manière continue » au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. 1) et prévoit à cet effet la transmission des projets d'actes législatifs aux parlements nationaux (art. 4), ainsi que leur motivation au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. 5).



C'est le texte pivot de la réalisation du marché intérieur et les autorités européennes l'ont invoqué à l'appui de diverses directives concernant la protection des consommateurs.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en a toutefois interdit une lecture trop extensive, rappelant qu'il ne devait pas jouer pour éliminer les différences mais uniquement pour supprimer les obstacles à la libre circulation des biens et des services<sup>5</sup>.

La Commission, depuis qu'elle a lancé sa première consultation sur le droit européen des contrats (2001), s'appuie sur l'argument de l'amélioration de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur. Et de fait, la diversité des législations crée un obstacle à la libre circulation des biens et des services car cela freine les professionnels et consommateurs qui souhaitent prendre part aux échanges commerciaux transfrontières. En parallèle, pour avancer sur la voie d'un modèle européen, la Commission s'est appuyée, à un degré jamais atteint jusqu'alors, sur les consultations et travaux des groupes d'experts. Elle a ainsi lancé un vaste processus consultatif, qui ne se contentait pas de recueillir les avis des uns et des autres mais associait aussi les experts à l'élaboration des textes, d'abord en dehors puis au sein de la Commission.

Afin d'aller d'un cadre juridique fragmenté vers un droit des contrats cohérent, une nouvelle méthode législative a été imaginée : celle-ci passera par l'adoption d'un instrument optionnel en droit européen de la vente, susceptible d'être étendu à d'autres contrats.

## I. D'UN CADRE JURIDIQUE FRAGMENTÉ À UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS COHÉRENT

La Commission a lancé un processus consultatif qui l'a conduite à la mise en œuvre de deux projets parallèles : le projet de Cadre commun de référence (CCR) et la révision de l'acquis.

---

<sup>5</sup> CJCE 5 oct. 2000, deux arrêts, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, *Imperial Tobacco*, aff. C-74/99, *Europe*, déc. 2000, comm. D. SIMON, n° 200. Adde W. van GERVEN, « Codifying European private law ? Yes, if... », *European Review of Private Law* 2002, sp. notes 42 et 44 et les références.

### A. – *Le processus consultatif*

En juillet 2001, la Commission européenne a publié *une communication « concernant le droit européen des contrats »*<sup>6</sup>. Dans un paragraphe consacré à la « situation actuelle en droit des contrats », elle décrivait l'acquis communautaire et les problèmes liés à la méthode sectorielle d'harmonisation du droit (voir les développements du paragraphe 3). Cette communication exposait ensuite diverses options pour de futures initiatives européennes en droit des contrats, ceci afin de lever les entraves au bon fonctionnement du marché.

La Commission sollicitait ainsi l'avis de la communauté juridique sur ces quatre options :

\* Laisser faire le marché.

\* Promouvoir des principes communs et renforcer la recherche et la coopération en matière de droit comparé.

\* Améliorer la qualité de la législation en vigueur, c'est-à-dire réviser l'acquis communautaire (essentiellement le droit de la consommation).

\* Adopter une législation complète au niveau communautaire, tant pour la théorie générale des contrats que pour les contrats spéciaux.

Le 15 novembre 2001, dans une résolution « concernant le rapprochement du droit civil et du droit commercial des États membres », le Parlement européen reprochait à la Commission de s'être limitée au seul droit des contrats. Cette Résolution fixait un calendrier très serré pour élaborer un « Code européen commun de droit privé », incluant les biens et la responsabilité extracontractuelle et préconisait encore d'adopter, à l'horizon 2010, un règlement communautaire sur le droit des contrats dont l'utilisation serait optionnelle et dont la base juridique serait l'article 95 du Traité<sup>7</sup>. Le 16 novembre 2001, le Conseil publiait un « Rapport sur la nécessité de rapprocher les législations des États membres en matière civile ». Il insistait sur le rôle central du droit des contrats et mentionnait également le droit de la famille comme thème de discussion sur le rapprochement des droits privés nationaux<sup>8</sup>.

Le 25 mars 2002, la Commission a diffusé une synthèse des 160 premières « réactions » (des gouvernements, cours suprêmes, entreprises, associations de consommateurs, juristes, universitaires), tandis que d'autres

---

<sup>6</sup> COM(2001) 398, reproduite in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 1, Paris, Société de législation comparée (préc. n. 1).

<sup>7</sup> JOCE, C 140 E/539.

<sup>8</sup> 12735/01. Le Conseil demandait encore à la Commission de lancer une étude dans les domaines de la responsabilité non contractuelle et en droit des biens.

furent envoyées ultérieurement<sup>9</sup>. Dans leur grande majorité, ces réponses ont rejeté la quatrième option et privilégié les options 2 et 3.

La Commission a publié, le 12 février 2003, une communication intitulée « *Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action* »<sup>10</sup> dans laquelle elle dénonçait à nouveau les entraves à la conclusion de transactions transfrontalières que provoque la diversité des législations. Elle y relevait les inconvénients de la démarche sectorielle : incohérence (des situations identiques font l'objet de traitements différents), contradictions (conflits de directives entre elles ou bien avec des conventions internationales mais aussi conflits de dispositions à l'intérieur même d'une directive), difficultés d'intégration du droit européen dans les États membres, divergences d'interprétation, limites de l'harmonisation du fait du recours au principe d'harmonisation minimale (dont la remise en cause est annoncée).

Dans la suite de ce texte, la Commission a proposé trois séries de mesures :

- élaborer un « Cadre commun de référence » ;
- promouvoir l'élaboration de clauses et conditions contractuelles types applicables dans l'ensemble de l'Union (mesure abandonnée depuis) ;
- adopter un instrument optionnel dans le domaine du droit européen des contrats (mesure annoncée avec prudence et assortie de l'importante question des modes d'expression du choix des parties : *opt in* ou *opt out*).

À la suite de ce Plan d'action, le Parlement et le Conseil ont encouragé la Commission à poursuivre la réflexion. Ils ont par ailleurs souligné la nécessité d'associer toutes les parties intéressées au processus.

Le 11 octobre 2004, la Commission a publié une communication, intitulée « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis. La voie à suivre* »<sup>11</sup>. Face à l'ampleur du débat soulevé, face aussi aux résistances fortes (particulièrement de France et de Grande-Bretagne), la Commission précisait qu'elle « n'envisage pas de proposer un Code civil européen qui harmoniserait les droits des contrats des États membres ». La voie à suivre était celle du Cadre commun de référence, éventuellement complété par un instrument optionnel.

Le 23 septembre 2005 la Commission a publié son « Premier rapport annuel de la Commission sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis »<sup>12</sup>. Dans ce document, en retrait par rapport aux précédentes communications, la Commission ne consacrait plus

---

<sup>9</sup> Ph. MALINVAUD, « Réponse - hors délai - à la Commission », *D.* 2002.2542.

<sup>10</sup> COM (2003)68 final, reproduite in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*.

<sup>11</sup> COM(2004) 651.

<sup>12</sup> COM (2005) 456.

qu'un court paragraphe à l'« utilité d'un instrument optionnel » en droit européen des contrats. Elle ne l'envisageait que comme un « 26<sup>e</sup> régime », devant être expressément choisi par les parties et qui ne remettrait pas en cause les 25 réglementations nationales. La révision de l'acquis en droit de la consommation, et, notamment, de la directive sur les droits du consommateur devenait la « nouvelle priorité ».

Cela n'a pas empêché la Commission de poursuivre sur la voie d'un droit européen des contrats plus cohérent à travers le lancement du projet de Cadre commun de référence.

#### B. – *Le projet de Cadre commun de référence (CCR)*

D'après la Commission, le droit européen des contrats ne devait, dans un premier temps, prendre la forme ni d'un code obligatoire ni même d'un instrument optionnel, mais d'une simple « boîte à outils », composée des trois tiroirs suivants :

- les « principes fondamentaux communs de droit des contrats, assortis de lignes directrices pour les cas où des exceptions à ces principes seraient requises ».

- les définitions des principaux termes juridiques abstraits (par exemple, le contrat, les dommages, etc...).

- des règles modèles distinctes selon que les contrats seront conclus entre professionnels, entre consommateurs, ou entre professionnels et consommateurs.

Cette boîte à outils se matérialiserait en un CCR.

Le CCR, dont la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* était initialement prévue pour 2009 devait, une fois élaboré, être traduit dans toutes les langues officielles de l'Union européenne. Il devait devenir l'ouvrage de référence du législateur européen, tenu de s'y référer afin d'élaborer une législation communautaire de meilleure qualité et plus cohérente. La Cour de justice, les législateurs nationaux (particulièrement lorsqu'ils transposent les directives communautaires dans leur droit interne) et même les arbitres étaient également invités à s'y référer.

*L'élaboration du projet de CCR* a été plus longue que prévue, plus controversée aussi. De très nombreuses parties prenantes y ont été associées.

Tout au long du processus, de vives discussions ont porté sur les questions suivantes :

- Quelle sera la *nature juridique* de l'instrument : simple modèle d'inspiration pour le législateur communautaire ou règlement communautaire obligatoire pour les États membres ?

- Quel doit être son *domaine* (droit des contrats, droit des obligations ou droit privé en son ensemble, sauf les personnes et la famille ?)

- Quel doit être le *contenu* et comment y intégrer l'acquis communautaire, notamment en droit de la *consommation* ?

Afin d'élaborer ce Cadre commun de référence, la Commission a créé, au titre du « Sixième programme-cadre pour la recherche et le développement technologique »<sup>13</sup>, un « Réseau commun pour le droit des contrats européen »<sup>14</sup>, composé de chercheurs et de praticiens. Elle entendait ainsi favoriser le dialogue, le pluralisme et la participation du plus grand nombre, ce qui n'est pas toujours aisé.

Le réseau de chercheurs se composait de huit groupes. Trois d'entre eux étaient dénommés « drafting groups ». Leur tâche essentielle consistait à élaborer des règles modèles : le Groupe d'études sur le Code civil européen (*Study Group for a European Civil Code*), le Groupe Acquis Communautaire (*Acquis Group*) et le groupe consacré au droit des assurances (*Insurance Group*). Cinq autres groupes avaient un rôle essentiellement critique. Parmi eux, le groupe composé par l'Association Henri Capitant, la Société de législation comparée et le Conseil supérieur du Notariat avait pour mission, en plus d'un regard critique porté sur les Principes du droit européen du contrat (actuellement en cours de révision au sein du Groupe d'études sur le Code civil européen), de travailler sur les définitions et principes fondamentaux en droit européen des contrats (les deux premiers tiroirs du Cadre commun de référence).

Dès les années 1970, un groupe, réuni à l'initiative du Professeur Ole Lando, avait entrepris d'élaborer les « Principes du droit européen du contrat » (PDEC) ou « *Principles of European Contract law* » (PECL). Ces principes ont joué un rôle fondateur dans l'élaboration du droit européen des contrats<sup>15</sup>. Le Groupe d'études sur le Code civil européen, dirigé par le

---

<sup>13</sup> Décision n° 1513/2002/CE (JO 232, 29.8.2002 p. 1).

<sup>14</sup> Contrat n° CIT3-513351.

[http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/socio\\_economic\\_research/docs/FP6\\_synopsis\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/employment_social/socio_economic_research/docs/FP6_synopsis_en.pdf)

<sup>15</sup> Un autre groupe, connu sous le nom de l'Académie des privatistes européens, s'est constitué à Pavie, en 1990, à l'initiative du professeur Gandolfi. En 2001, ce groupe a publié, en français, un projet de code européen des contrats. Le principal modèle de ce groupe fut le livre IV du Code civil italien mais tandis que ce livre traite des « obligations », le groupe a préféré s'en tenir à la notion de « contrats, ceci afin de ne pas introduire un concept qui revêt une signification différente en droit anglais. Un nouvel ouvrage contenant la deuxième partie, relative aux contrats spéciaux, est en cours de préparation. Sur ce groupe, cf. P. STEIN, Introduction, XLVI, *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre I*, coord. par G. GANDOLFI, Milan, Dott. A. Giuffrè éd. 2001. J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un droit européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, 21 et 22 févr. 2003, p. 3.

Professeur von Bar<sup>16</sup> a ensuite succédé à la Commission Lando, dont il a conservé de nombreux membres. Il a rassemblé une centaine de professeurs de droit (issus des États membres de l'Union européenne mais aussi de pays non membres).

Élaboré par le groupe d'études sur le Code civil européen et le groupe Acquis communautaire, le « *projet de Cadre commun de référence* » académique a été publié dans une édition abrégée et d'abord provisoire<sup>17</sup>, puis dans une édition complète (en 6 volumes) en langue anglaise, avec d'abondantes notes et commentaires sous les règles modèles proposées<sup>18</sup>. Le texte des règles (sans les commentaires) est accessible sur internet<sup>19</sup>.

Composé de dix livres, le projet de CCR s'étend à presque tout le droit privé européen, à l'exclusion du droit des personnes et de la famille. Il codifie le droit des contrats (théorie générale et régime de certains contrats spéciaux), et aussi la responsabilité civile, les sûretés, le *trust*, l'enrichissement injuste, la gestion d'affaires, le transfert de la propriété des biens meubles, etc. Sur le fond, le PCCR consacre une vision abstraite et complexe du droit des obligations, influencée par le modèle allemand. Ainsi, le Livre II porte sur les « contrats et autres actes juridiques » et le livre III traite des « obligations et autres droits ». Il n'y a donc pas de livre ou de chapitre spécifiquement consacré aux contrats.

De nombreuses critiques ont été adressées au projet de CCR, colossal, notamment celle d'avoir excédé les termes de la mission donnée par la Commission<sup>20</sup>.

Au sein du réseau européen chargé par la Commission d'élaborer le cadre commun en matière contractuelle, un groupe composé par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française et la Société de législation comparée, a réalisé des travaux parallèles concurrents du Projet de Cadre commun de référence<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Chr. von BAR, « Le Groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC* 2001.127 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil de Monsieur von Bar », *D.* 2002, chron., 2202.

<sup>17</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE and Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO and Fryderyk ZOLL.

<sup>18</sup> *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Sellier, 2009.

<sup>19</sup> [ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)

<sup>20</sup> De plus, d'après O. Lando, « La méthode abstraite, d'inspiration germanique l'a malheureusement emporté sur les besoins du citoyen ».

<sup>21</sup> *Terminologie contractuelle commune, Principes contractuels communs*, coll. « Droit privé européen et comparé », vol. 6 et 7, Association H. Capitant et Société de législation comparée, 2008. Une version anglaise de l'essentiel de ces travaux a été publiée : *European Contract Law : Materials*

Conformément à la commande passée par la Commission aux universitaires chargés d'élaborer le CCR – une simple boîte à outils à trois tiroirs pour servir le législateur européen (terminologie, principes fondamentaux, règles modèles) –, ce groupe français a élaboré, à partir de la comparaison, une terminologie contractuelle commune, une proposition de principes directeurs du droit européen des contrats, et, pour finir, des règles modèles en droit européen du contrat. Les travaux français ont été remis à la Commission en même temps que le projet de Cadre commun de référence.

Le 18 avril 2008, le Conseil de l'Union européenne s'est prononcé pour un CCR limité au droit général des contrats (y compris le droit des contrats de consommation), en la forme d'un instrument non contraignant destiné à permettre d'améliorer la qualité et la cohérence de la législation communautaire, grâce aux définitions, principes généraux et règles types qui y figureront. Il a exprimé le souhait que le Comité sur les questions de droit civil suive régulièrement les travaux de la Commission sur le CCR<sup>22</sup>.

Le 3 septembre 2008, le Parlement européen a publié une Résolution « sur le Cadre commun de référence pour le droit européen des contrats »<sup>23</sup>. Dès 1989, le Parlement européen attirait l'attention de la Commission et du Conseil sur la nécessité de rendre le droit communautaire plus simple et plus accessible, suggérant de recourir à la codification. S'il ne s'agissait que d'adopter un « instrument non contraignant », le Parlement européen ne voyait pas d'objection à ce qu'il porte sur « toutes les matières du droit privé ». Toutefois, il relevait que cela irait bien au-delà du projet initial et soulèverait, à terme, des problèmes de compétence car on peut supposer que, de modèle purement optionnel, l'instrument aurait un jour vocation à

---

for the CFR. Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Sellier european law publishers, 2008. Elle est en ligne sur le site de la Société de législation comparée.

<sup>22</sup> Extraits : a) finalité du Cadre commun de référence : un outil pour mieux légiférer, destiné aux législateurs communautaires ;

b) contenu du Cadre commun de référence: un ensemble de définitions, de principes généraux et de règles types dans le domaine du droit des contrats provenant de différentes sources ;

c) portée du Cadre commun de référence: le droit général des contrats, y compris le droit des contrats de consommation ;

d) effet de droit du Cadre commun de référence: un ensemble d'orientations non contraignantes que les législateurs au niveau communautaire utiliseraient, sur une base volontaire, comme une source commune d'inspiration et de référence dans le processus législatif.

Le 7 novembre 2008, à la lumière des discussions et des observations des États membres, la Présidence a suggéré au Conseil « d'approuver les grandes lignes qui devraient orienter, à ce stade, les travaux de la Commission dans ce domaine ». Les points examinés ont plus particulièrement porté sur la structure du CCR, son champ d'application, le respect de la diversité, l'association du Conseil, du Parlement européen et de la Commission à son élaboration et à son utilisation. Le respect du pluralisme juridique et la prise en considération de tous les travaux menés par les universitaires ont été vivement souhaités.

<sup>23</sup> C 295 E/31.

devenir du droit communautaire. En conséquence, s'il s'agissait d'adopter un instrument contraignant, son champ devrait être plus restreint.

Tandis que ces discussions avaient lieu, d'autres travaux portaient quant à eux sur la révision de l'acquis en droit de la consommation.

### C. – *La révision de l'acquis en droit de la consommation*

Un droit technique s'est développé durant ces dernières décennies, au nom du marché intérieur, dans des domaines comme celui du droit de la consommation. Très détaillé, ce droit reste sectoriel et incomplet et le patchwork de directives avait déjà été critiqué par la Commission dans son plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent<sup>24</sup>. De là l'idée d'entreprendre un grand travail de révision. L'objectif de révision de l'acquis en droit de la consommation s'inscrit dans un programme plus vaste, défini par l'Accord institutionnel « Mieux légiférer »<sup>25</sup>.

Le 7 février 2007, La Commission a diffusé le *livre vert* « sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs »<sup>26</sup>. Ce document conclut une phase diagnostique de révision et lance dans une grande consultation l'idée d'une révision de plusieurs directives qui reposent toutes sur le principe d'harmonisation minimal. Selon ce principe, les États membres peuvent aller au-delà de la protection accordée aux consommateurs par le droit communautaire, en établissant ou maintenant des règles plus strictes en faveur des consommateurs.

La consultation portait notamment sur le choix d'une démarche non plus seulement verticale (révision de directives individuelles existantes) mais aussi horizontale : une directive cadre qui fournirait des définitions communes et réglementeraient les principaux droits et recours contractuels des consommateurs<sup>27</sup>.

Une *Proposition de directive* sur la protection des consommateurs a été publiée le 8 octobre 2008 (COM(2008) 614 final)<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> V. *supra*.

<sup>25</sup> *Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire*, COM(2002) 278 ; v. depuis l'initiative « Réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », Communication de la Commission - COM(2010)543 (8 oct. 2010).

<sup>26</sup> COM (2006) 744 final du 08/02/2007.

<sup>27</sup> *Livre vert sur le droit européen de la consommation. Réponses françaises*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 5, Paris, Société de législation comparée, 2007.

<sup>28</sup> Cette proposition modifie 4 directives : la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance et la directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation.



Elle devait simplifier, actualiser et rendre plus cohérentes les règles existantes. Son aspect le plus controversé était le suivant : la directive s'écartait du principe d'harmonisation minimale (selon lequel les États membres peuvent maintenir ou adopter des règles nationales plus strictes que celles établies par la directive), pour adopter une approche d'harmonisation *complète* (qui interdit aux États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions s'écartant de la directive).

Si elle avait été adoptée cette proposition de directive aurait eu pour conséquence d'interdire aux États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions plus favorables aux consommateurs que celles qu'elle prévoit. Comme ce texte touchait à des domaines du droit général des contrats, il conduisait à s'interroger sur le principe de subsidiarité et sur la réorganisation juridique interne qu'imposerait sa transposition. Ce projet d'harmonisation totale européen a soulevé de très fortes oppositions car il imposait une réorganisation importante des droits nationaux, *a priori* non concernés par les domaines de l'acquis communautaire, comme le droit général des contrats.

La directive a finalement été publiée en octobre 2011<sup>29</sup>. Elle n'abandonne pas le principe d'harmonisation maximale mais ne révisé que 2 directives (au lieu des 8 initialement prévues) et porte sur un domaine considérablement restreint.

Dans le même temps, la Commission européenne, après avoir examiné toutes les réponses aux consultations et travaux menés dans le cadre des réseaux qu'elle avait soutenus, a décidé d'avancer sur la voie, déjà prévue en 2004, d'un règlement instituant un droit européen des contrats optionnel.

## II. L'ÉLABORATION D'UN DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS OPTIONNEL

Depuis le début de son mandat, la Vice-présidente de la Commission européenne, Viviane Reding, a constamment rappelé qu'elle mettrait toute en œuvre pour faire avancer le droit européen des contrats, ceci afin de faciliter les transactions transnationales.

L'élaboration d'un instrument optionnel en droit des contrats est pour le moment limitée à la vente. Elle s'inscrit dans un contexte général marqué par plusieurs textes généraux fixant les grandes lignes stratégiques

---

<sup>29</sup> Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE*, 22.11.2011, L304/65, citée *supra*, note 1.

européennes pour l'avenir. Le projet final, élaboré par la Commission, l'a été en étroite collaboration avec des experts, universitaires et praticiens.

#### A. – Contexte général

L'objectif est de créer, d'ici 5 ans, un véritable espace européen de liberté, de sécurité et de justice dans une « Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens ». D'après Viviane Reding, Vice-présidente de la Commission européenne et Commissaire chargée de la Justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté, il s'agit d'un « défi comparable à celui que nous avons connu pour la mise en place du marché unique » (*Le soir*, 20 avril 2010)<sup>30</sup>. Le *programme de Stockholm* publié en décembre 2009, programme pluriannuel (2010-2014), concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice vise à mettre en œuvre cet objectif. Il est dénommé « Programme de Stockholm - Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens »<sup>31</sup>.

Un « plan d'action », destiné à la mise en œuvre concrète du programme, a été adopté, le 20 avril 2010<sup>32</sup>. Ce plan d'action annonce la publication d'une communication en 2010 sur « le droit européen des contrats et la méthode vers l'adoption du Cadre commun de référence », ainsi que l'adoption d'une « proposition législative sur le Cadre commun de référence », en 2011.

Le 19 mai 2010, la Commission a présenté, en matière de stratégie numérique un « plan d'action de la Commission destiné à accroître la prospérité et la qualité de vie en Europe » (*Digital Agenda* », IP/10/581). Ce document, qui souligne le potentiel d'un droit européen des contrats dans la mise en place d'un marché unique électronique pour les consommateurs et les entreprises, est la première de sept initiatives phares prises dans le cadre du programme « 2020 » de la Commission.

Par ailleurs, le programme 2020 qui élabore « Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » et tente d'offrir un aperçu de ce que sera « l'économie sociale de marché européenne au XXI<sup>e</sup> siècle », annonce la mesure suivante : « rendre la signature de contrats avec des partenaires dans d'autres pays de l'Union plus facile et moins coûteuse pour les entreprises et les consommateurs, notamment en proposant des solutions harmonisées au niveau des contrats conclus avec les consommateurs et des

---

<sup>30</sup> Les différentes étapes qui ont conduit à l'adoption définitive de ce document sont révélatrices des divergences de vues entre la Commission qui a lancé les travaux, le Parlement depuis toujours très favorable à l'harmonisation du droit civil et le Conseil, plus réticent.

<sup>31</sup> 14449/09 JAI 679.

<sup>32</sup> COM(2010) 171 final.

clauses contractuelles types européennes, et en avançant dans la voie d'un droit européen des contrats, à valeur facultative »<sup>33</sup>. Par la suite, un groupe de travail présidé par Mario Monti a publié « Un projet pour l'Europe à l'horizon 2030 », qui identifie « les défis à relever et les chances à saisir » et, en ces temps de crise économique appelle l'Europe à engager d'importantes réformes structurelles. La réforme du droit européen des contrats pourrait s'inscrire dans cette ligne

#### B. – Les travaux entrepris sous l'égide ou au sein de la Commission

En avril 2010, la Commission a chargé un groupe de praticiens et universitaires de préparer le Cadre commun de référence en droit des contrats, en élaborant une « étude de faisabilité »<sup>34</sup>.

La Commission a aussi nommé deux conseillers spéciaux, qui soutiennent deux visions différentes du futur Cadre commun de référence<sup>35</sup>. La première réunion du groupe d'experts s'est tenue le 21 mai, à Bruxelles et la presse s'en est fait l'écho (« *Brussels pushes contract law system* » *Financial Times*, 21 mai 2010).

Le 1<sup>er</sup> juillet 2010, la Commission a lancé une consultation en la forme d'un Livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »<sup>36</sup>.

Ce Livre vert commence par rappeler les objectifs poursuivis (§ 1) :

« Le marché intérieur repose sur une multitude de contrats, régis par différents droits nationaux des contrats. Or les disparités entre les droits nationaux des contrats peuvent entraîner des frais de transaction supplémentaires et une insécurité juridique pour les entreprises, et affaiblir ainsi la confiance du consommateur à l'égard du marché intérieur. Elles peuvent également contraindre les entreprises à adapter leurs conditions contractuelles. En outre, les législations nationales étant rarement disponibles dans d'autres langues européennes, les acteurs du marché

<sup>33</sup> (COM(2010) 2020).

<sup>34</sup> Décision de la Commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour un Cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats (2010/233/UE). La liste des noms des experts et conseillers spéciaux est publique : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/consumer/docs/cfr\\_expert\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/consumer/docs/cfr_expert_group_en.pdf).

<sup>35</sup> Christian von Bar, qui a présidé le groupe d'études sur le Code civil européen, et l'auteur de cette présentation, favorable à un CCR limité au droit des contrats (« Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *D.* 2008. 556 ; « Terminologie, principes, élaboration des règles modèles : les trois volets du Cadre commun de référence », *Rev. trim. dr. eur.* 2008.695 et divers articles publiés dans la *Revue des contrats*, v. dernièrement : « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », *RDC* 2011.1045.

<sup>36</sup> COM (2010) 348/3.

doivent consulter un avocat connaissant les lois du système juridique qu'ils se proposent de choisir.

C'est en partie pour ces raisons que consommateurs et entreprises, notamment les petites et moyennes entreprises (PME) disposant de ressources limitées, se montrent parfois peu enclins à s'engager dans des transactions transfrontalières. Cette réticence peut à son tour entraver la concurrence transfrontalière au détriment du bien-être social. Ce sont les consommateurs et les entreprises des petits États membres qui risquent d'être plus particulièrement désavantagés.

La Commission veut que les citoyens profitent pleinement du marché intérieur. L'Union doit donc œuvrer davantage pour faciliter les transactions transfrontalières. Le présent livre vert a pour objet d'exposer les actions envisageables pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats, et de lancer une consultation publique à leur sujet. En fonction de l'évaluation des résultats de cette consultation, la Commission pourrait proposer des actions complémentaires d'ici 2012. Toute proposition législative sera accompagnée d'une analyse d'impact *ad hoc* ».

Parmi 7 options, l'option 4 d'un règlement optionnel en droit européen des contrats a retenu l'attention de tous. Elle était ainsi présentée : « Un règlement pourrait créer un instrument facultatif, qui serait conçu comme un 'second régime' dans chaque État membre, offrant ainsi aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats. Il introduirait dans les législations nationales des 27 États membres un ensemble complet et, dans toute la mesure du possible, autonome de règles de droit contractuel que les parties pourraient choisir comme loi régissant leur contrat. Il fournirait aux parties, surtout à celles souhaitant exercer leurs activités au sein du marché intérieur, un nouvel ensemble de règles. L'instrument pourrait être applicable aux seuls contrats transfrontaliers, ou également aux contrats nationaux (v. point 4.2.2 ci-après) ».

313 réponses à ce livre vert sont disponibles sur le site de la Commission, dont plus de vingt françaises<sup>37</sup>.

Un avis publié en mai 2010 par le Comité économique et social européen, intitulé : « Le 28<sup>e</sup> régime – une option pour moins légiférer au niveau communautaire » avait déjà analysé les questions, notamment de droit international privé, que soulèverait l'adoption d'un tel règlement optionnel<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0052\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm) ; M. BÉHAR-TOUCHAIS et M. CHAGNY (dir.), *Livre vert sur le droit européen des contrats. Réponses du réseau Trans Europe Experts*, coll. « Trans Europe Experts », vol. 1, Société de législation comparée, 2011.

<sup>38</sup> INT/499, du 27.5.2010.

Le 3 mai 2011, l'étude de faisabilité a été publiée par le groupe d'experts de la Commission.

Les modèles européens et internationaux préexistants (Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Principes du droit européen du contrat, Principes d'Unidroit), ou élaborés ces dernières années (Projet de Cadre commun de référence, travaux des deux associations françaises) ont guidé les travaux des experts. Aucun de ces travaux n'a constitué un document officiel de la Commission et, même si de nombreuses règles sont inspirées du PCCR, lui-même inspiré par les PDEC, tous ont été consultés<sup>39</sup>.

La Commission a de nouveau lancé une consultation<sup>40</sup>, à la suite de laquelle elle a recentré son travail sur l'instrument sur le contrat de vente, archétype du droit des contrats<sup>41</sup>.

Le 11 octobre 2011, la Commission européenne a adopté une *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un « droit commun européen de la vente »*<sup>42</sup>. Ce texte est assorti d'une communication qui rend compte des étapes antérieures et des sources, nombreuses et de nature variée, qui ont inspiré la Commission<sup>43</sup>. Il intègre l'acquis existant. Le droit commun européen de la vente ne s'appliquera que si les parties l'ont désigné. Il est « optionnel » et n'affecte pas les droits internes des États membres. Il ne s'applique qu'aux contrats transfrontières mais les États membres ont la possibilité de l'étendre, s'ils le souhaitent, aux contrats internes. Cette Proposition de règlement constitue une étape importante vers un droit commun européen et optionnel des contrats.

---

<sup>39</sup> La communication, préc. note 2, de la Commission cite le projet de Cadre commun de référence (note 24) et les travaux menés en France, dans leur édition en langue anglaise (note 26).

<sup>40</sup> A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, 3 mai 2011, [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

<sup>41</sup> Pour plus de détails sur cette période, allant de la nomination du groupe d'experts à l'adoption de la proposition de règlement, v. notre article, « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », *RDC* 2011.1045.

<sup>42</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 du 11.10.2011. Sur ce texte, v. les références citées note 1.

<sup>43</sup> « Un droit commun européen de la vente pour faciliter les transactions transfrontières sur le marché unique », Com (2011) 636 final. Également datée du 11 octobre 2011, cette communication explicite la démarche, expose le contexte historique et actuel, et montre comment ce droit commun européen de la vente s'articule avec l'acquis.

## CONCLUSION

L'une des missions des juristes européens, et plus spécifiquement encore celle des universitaires comparatistes, est de donner à l'Europe du droit une consistance et une force qui en feront un modèle unique au monde. Pour cela, il faut réfléchir aux moyens de développer des instruments juridiques qui facilitent la vie des entreprises, assurent un haut degré de protection du consommateur et apportent une forme nouvelle d'unité, tout en préservant la grande richesse de nos droits nationaux. La voie du règlement qui propose un instrument optionnel, qui s'ajoute aux droits nationaux sans s'y substituer, est digne du plus grand intérêt, non seulement pour le droit européen des contrats, mais aussi en d'autres matières. L'originalité de la démarche qui a été entreprise pour le droit des contrats a tenu à l'ampleur des travaux préalables effectués avant d'en arriver à ce résultat, par voie de consultations et d'échanges avec les experts et parties prenantes.

Le processus consultatif, mis en œuvre par la voie des livres verts et par d'autres voies aussi est de plus en plus systématiquement utilisé par la Commission (il n'est qu'à voir le nombre de consultations parues ces derniers mois<sup>44</sup> et de réseaux universitaires qui travaillent en contact étroit avec la Commission). Ce processus, qu'illustre l'exemple du droit européen des contrats, est d'une grande richesse pour la réflexion juridique européenne et un pari, non encore gagné. C'est le pari de la démocratie participative – ou encore du dialogue civil (devenu le premier principe de toutes les politiques) – que certains critiquent comme insusceptible d'atteindre ses objectifs<sup>45</sup>, et dont d'autres redoutent qu'il ne soit qu'un alibi pour permettre à la Commission d'imposer sa politique<sup>46</sup>. La démarche, pourtant, répond en partie aux critiques de ceux, très entendus, qui avaient dénoncé le caractère technocratique du droit européen<sup>47</sup>. Elle infléchit le cours d'un processus législatif, le dévie et parfois même l'arrête. En pratique, cette méthode, par les attentes qu'elle soulève, pose des questions quasiment insolubles. Pour s'en tenir à l'exemple du droit européen des contrats, comment tenir compte de tous les avis exprimés ? Comment dire, simultanément, à ceux favorables au projet d'instrument optionnel et à ceux qui y sont hostiles, soit par principe, soit parce que les besoins économiques

---

<sup>44</sup> [http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_fr.htm)

<sup>45</sup> C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011.13

<sup>46</sup> C. PÉRÈS, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011.13 ; Y. LEQUETTE, « Le code européen est de retour », *RDC* 2011.1028.

<sup>47</sup> B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990.72.

n'ont pas été démontrés (études d'impact requises), soit parce qu'ils veulent voir le texte d'abord (consultations sur le texte et non sur le projet) : « vous avez été entendus » ?

En France, ces questions sont d'autant plus vives qu'une franche hostilité au projet de Code civil européen a été exprimée à l'occasion du débat sur le droit européen des contrats. Une motion de censure de l'Académie française a même été diffusée<sup>48</sup>. Le projet d'harmonisation européenne du droit des contrats a néanmoins toujours eu d'ardents défenseurs, tout au long du XX<sup>e</sup> siècle et il est heureux que les juristes français, organisés au sein de plusieurs associations dont la Société de législation comparée, aient marqué les débats et accompli des travaux qui ont été pris en compte par la Commission lors de l'élaboration du droit commun européen de la vente<sup>49</sup>. On se réjouit également que des juristes de tous les pays de l'Union aient été réunis, à l'initiative de la Commission, pour travailler ensemble à l'élaboration de la proposition de règlement sur un droit commun européen de la vente.

---

<sup>48</sup> Reproduite in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, p. 55.

<sup>49</sup> Au même titre que le Projet de Cadre commun de référence, les travaux menés conjointement par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée, ont été cités dans les récentes résolutions du Parlement européen et dans la proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente. Ils ont orienté les travaux de la Commission.





**LE RÉGIME MATRIMONIAL OPTIONNEL  
DE LA PARTICIPATION AUX ACQUETS  
ÉTABLI PAR L'ACCORD FRANCO-ALLEMAND  
DU 4 FÉVRIER 2010 :  
UN MODÈLE POUR UNE FUTURE  
HARMONISATION EUROPÉENNE ?**

Estelle NAUDIN\*

1. « Quand un homme et une femme sont mariés, ils ne font plus qu'un. La première difficulté est de décider lequel ». Ce bon mot de George Bernard Shaw pourrait assez bien illustrer le dilemme auquel peuvent être confrontés les couples « binationaux », lorsqu'ils veulent faire le choix, par contrat de mariage, de la loi applicable à leur régime matrimonial. Roméo aime Juliette, Juliette aime Roméo. Roméo est allemand, Juliette est française. En d'autres temps, la haine tenace entre l'Allemagne et la France, digne de celle qui opposait les Capulet et les Montaigu, aurait conduit à un drame. Mais, dans une Europe en paix, ils peuvent librement s'aimer. Le couple va donc prochainement convoler en justes noces, et il s'installe naturellement en Alsace, terre d'accueil des cigognes et des couples franco-allemands. Lors de la rédaction du contrat de mariage, leur notaire leur expliquera alors les différences profondes entre le droit français et le droit allemand des régimes matrimoniaux, qui peuvent poser des problèmes pratiques très concrets.

2. Imaginons que Roméo et Juliette choisissent le régime légal du droit français. Ils décident, quelques temps plus tard, d'acheter un bien immobilier à Kehl, ville située dans la banlieue de Strasbourg mais de l'autre côté du Rhin. Au moment de l'inscription au registre foncier, le

---

\* Professeur à l'Université de Strasbourg.

couple constatera combien il est difficile de traduire la portée de leurs droits sur ce bien commun, le régime légal français n'ayant pas d'équivalent allemand.

3. Ces difficultés sont bien connues des spécialistes de droit international privé, et se posent dès qu'il s'agit d'appliquer une loi étrangère. Les mariages « mixtes » étant de plus en plus nombreux, et plus largement, les couples résidant dans un autre pays que le leur étant aujourd'hui légion à l'heure où les citoyens européens peuvent librement circuler, la question est loin d'être anecdotique. Un remède radical consiste alors à adopter un droit matériel uniforme, et c'est cette voie audacieuse qu'ont choisi d'emprunter la France et l'Allemagne par un accord du 4 février 2010 créant un nouveau modèle de régime matrimonial commun à ces deux pays<sup>1</sup>.

4. La création de règles communes est toujours un pari risqué, en particulier dans le domaine très sensible du droit de la famille. À cet égard, l'ambition des ministres en charge de ce projet franco-allemand était d'ailleurs assez démesurée car il était initialement question d'unifier purement et simplement les règles du régime légal français et du régime légal allemand. C'est avec cette mission qu'avait ainsi été créée une commission composée de juristes français et allemands, praticiens et universitaires<sup>2</sup>, qui a initié ses travaux dès le printemps 2006. Comme on pouvait s'y attendre, la commission a rapidement dû abandonner l'idée de créer un régime légal commun. Le régime français de la communauté réduite aux acquêts est trop éloigné du régime allemand de la participation aux acquêts, tant durant l'union matrimoniale qu'à sa dissolution, pour imaginer une unification des régimes légaux.

5. De manière plus raisonnable, un régime optionnel commun a donc été créé, enrichissant l'éventail des régimes proposés tant par le droit

---

<sup>1</sup> Sur ce point, v. A. FOETSCHL, « The common optional property regime of Germany and France », *Yearbook of private international law*, vol. 11, 2009, p. 395 ; Ph. SIMLER, « Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts », *JCP éd. N* 2010, 1203 ; H. LETELLIER, « Un nouveau régime matrimonial à la disposition de tous les couples : le régime commun franco-allemand », *Gaz. Pal.* 31 juill. 2010, n° 212, p. 24 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Le nouveau régime matrimonial optionnel issu de l'accord franco-allemand du 4 février 2010 », actes du colloque de l'institut d'études notariales de Nancy du 18 mars 2011, à paraître. Nous nous permettons également de renvoyer à notre contribution à la journée d'étude organisée par le centre Pierre Kayser de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, « Le droit patrimonial, miroir des mutations familiales », actes à paraître.

<sup>2</sup> Étaient membres de cette commission Dr. Meyer, responsable des affaires civiles du ministère allemand de la justice, Me Eva Becker, avocat, Me Max Braeuer, notaire, Me Christelle Hilpert, magistrate, responsable du bureau de droit civil à la Chancellerie, Me Béatrice Weiss-Gout, avocate, Me Jean-Marie Ohnet, notaire, Ph. Simler, professeur de droit.

allemand que par le droit français. Ce régime pourra être choisi par les couples franco-allemands, mais aussi par tous les couples vivant en France ou en Allemagne, ou par les couples auxquels s'applique le droit matrimonial français ou allemand. C'est dire que son champ d'application se veut donc très large. Plus encore, l'accord étant ouvert à l'adhésion d'autres pays de l'Union Européenne, ce régime matrimonial optionnel a été présenté comme l'embryon d'un régime matrimonial européen.

6. La création de ce régime optionnel est donc un événement notable, qui mérite une attention particulière de la part de tous les juristes européens. Cet accord ouvre-t-il la voie de l'harmonisation du droit des régimes matrimoniaux à l'échelle européenne, par le biais de cet instrument optionnel ? Ce régime pourra-t-il séduire en France, en Allemagne, et demain en Roumanie ou au-delà ? Seul le droit comparé peut ici nous offrir des éléments de réponse, en confrontant ce régime optionnel au droit interne des régimes matrimoniaux des États membres. La tâche est bien sûr de grande ampleur, et nous aurons besoin de toutes les forces vives du droit comparé. Je vous propose aujourd'hui d'amorcer simplement le débat, en vous présentant, brièvement et de manière très schématique, ce régime optionnel.

7. Dès le premier abord, l'architecture générale de ce régime optionnel peut avoir de quoi désarçonner, car il s'agit d'un régime de participation aux acquêts. Ce modèle est bien connu des juristes allemands, puisqu'il s'agit du régime légal en Allemagne. Il est également connu des juristes français, le régime de la participation aux acquêts ayant été introduit dans notre code civil aux articles 1571 et suivants par la loi du 13 juillet 1965, au sein des régimes conventionnels. La participation aux acquêts constituait donc un dénominateur commun entre le droit français et le droit allemand des régimes matrimoniaux. Toutefois, ce régime ne suscite pas l'enthousiasme des praticiens français. Le notariat n'a pas manifesté un engouement évident pour ce modèle que l'on présente volontiers comme trop complexe, en particulier au stade de sa liquidation. Ce régime n'est donc pratiqué en France que de manière assez anecdotique, faute d'être conseillé par le notaire. En outre, à l'échelle européenne, ce modèle de régime est loin de s'imposer, le régime de communauté étant bien plus répandu. L'article 30 du Code roumain de la famille retient notamment le régime matrimonial de la communauté de biens, dont l'architecture est bien distincte.

8. Les plus pessimistes s'arrêteraient là. Le régime optionnel ne peut préfigurer un régime matrimonial européen, en retenant un modèle de régime qui n'est guère pratiqué. Pourtant, le modèle de la participation aux

acquêts présente bien des atouts qui semblent dans le sens d'une évolution assez générale de la matière dans les différents pays européens. Il vise en effet un double objectif. D'une part, il s'agit d'assurer aux époux une autonomie patrimoniale pendant leur union. Mais d'autre part, c'est un régime d'esprit communautaire. À sa dissolution, un « partage » des acquêts réalisés durant l'union matrimoniale sera réalisé sous la forme originale d'une créance de participation. Il s'agira de comparer le patrimoine final et le patrimoine originaire de chaque époux. L'enrichissement de chacun sera partagé en valeur. Or, la recherche d'un tel équilibre au sein du couple est le reflet d'une tendance moderne des régimes matrimoniaux. L'émancipation des femmes a d'abord conduit à une égalité entre les époux, sur le terrain du droit. Mais, même s'il y a encore du chemin à parcourir, l'égalité des époux tend aussi à se traduire sur un plan économique, en ce sens que les deux conjoints ont bien souvent une activité professionnelle, disposent de revenus, et souhaitent dès lors une certaine autonomie patrimoniale. Pour autant, autonomie ne rime pas nécessairement avec égoïsme. L'idée que l'on se fait du mariage conduit bien des époux à souhaiter que l'enrichissement du ménage profite aux deux conjoints. Le régime commun optionnel répond alors à ces deux exigences, qu'il nous faut analyser de plus près.

Durant l'union matrimoniale, ce régime assure une autonomie des époux, mais une autonomie qui n'est pas sans limites. À la dissolution du régime matrimonial, l'association patrimoniale des époux va prendre toute sa dimension.

## I. L'AUTONOMIE DES ÉPOUX

9. L'autonomie patrimoniale des époux résulte du choix même du modèle de la participation aux acquêts. L'article 2 de l'accord précise en effet que « Dans le régime optionnel de la participation aux acquêts, le patrimoine des époux reste séparé ». Il en résulte deux conséquences importantes.

D'une part, sur le plan des pouvoirs, l'article 4 de l'accord dispose, fort logiquement, que « chaque époux a la gestion et la jouissance exclusive de son patrimoine ; il en dispose seul ». Chaque époux a donc des pouvoirs de gestion exclusive sur l'ensemble de ses biens, y compris les « acquêts » qui ont vocation à être partagés en valeur, par le biais de la créance de participation.

D'autre part, l'autonomie patrimoniale apparaît quant au droit de poursuite des créanciers. Chaque époux n'engage que son patrimoine par les dettes qu'il contracte. Pour le juriste français, voilà qui constitue l'un des principaux avantages du modèle de la participation aux acquêts. Notre

régime légal présente en effet des dangers certains pour les époux. Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à l'exclusion des seuls gains et salaires du conjoint. Le droit de gage des créanciers est certes restreint pour les opérations dangereuses que sont les emprunts et les cautionnements, ou en cas de fraude d'un époux et mauvaise foi du créancier. Mais cela ne suffit pas à protéger le conjoint en toutes circonstances. Les dettes d'un époux pourront parfois mener le couple à la ruine, solution que nos voisins allemands trouvaient particulièrement choquante. Le régime optionnel bâti sur le modèle de la participation aux acquêts évite ces difficultés.

10. Pour autant, l'autonomie patrimoniale des époux ne doit pas faire illusion. L'accord franco-allemand en a fixé des limites, qui tiennent au mariage lui-même, emportant des effets patrimoniaux considérés comme incontournables, mais aussi à l'esprit communautaire du régime, supposant que soit protégée la créance de participation.

11. En premier lieu, il est des effets patrimoniaux qui découlent nécessairement du mariage. C'est ici une sorte de régime primaire commun à la France et à l'Allemagne que l'accord fait émerger.

En termes de pouvoirs, l'autonomie des époux est ainsi limitée par la protection du logement familial, qui est apparue nécessaire. L'accord des deux époux est requis pour en disposer, solution inspirée du droit français (art. 215 du Code civil)<sup>3</sup>. Outre le logement lui-même, sont également soumis à cogestion « les objets du ménage », solution que l'on trouve cette fois en droit allemand au § 1369 du BGB. Il s'agit de tous les meubles nécessaires au quotidien du ménage. La voiture familiale fait ainsi l'objet d'une cogestion lorsqu'il s'agit d'en disposer<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sous le régime légal allemand de la participation aux acquêts, le logement de la famille est aussi indirectement protégé par le § 1365 BGB, qui dispose qu'« un époux ne peut s'engager à disposer de son patrimoine dans son entier qu'avec l'autorisation de l'autre époux ». Or, le juge allemand, en application de ce texte, considère que l'autorisation du conjoint est requise dès lors qu'il s'agit de disposer d'un bien d'une valeur qui représente l'essentiel de la fortune d'un époux. Par conséquent, le logement de la famille, parce qu'il représente le bien le plus important dans le patrimoine de bon nombre de ménages, fait l'objet, de fait, d'une mesure de protection.

<sup>4</sup> Pour éviter toute situation de blocage liée à la cogestion, l'article 5 ajoute qu'« un époux peut être autorisé par la justice à passer seul un acte pour lequel le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ». C'est l'article 217 du Code civil français qui a directement inspiré la rédaction de ce texte, mais sur le fond, on retrouve la même solution en droit allemand aux § 1365 et 1369 du B.G.B. Le tribunal de la famille peut à la demande de l'époux suppléer l'assentiment de l'autre époux, si celui-ci le refuse sans motif sérieux ou est empêché de faire une déclaration parce qu'il est malade ou absent.

Quant au droit de poursuite des créanciers, l'autonomie des époux résultant de la séparation des patrimoines est tempérée par la solidarité des dettes ménagères, qui se retrouvent, sous des contours assez proches, en droit français et en droit allemand. L'article 6 de l'accord dispose ainsi que « chacun des époux a le pouvoir de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Ces contrats obligent solidairement l'autre époux ». Des exceptions sont toutefois prévues : « lorsque l'un des époux contracte des dettes dont le caractère manifestement excessif, notamment eu égard au train de vie des époux, est connu de l'autre partie au contrat ou aurait dû l'être, ces dettes n'engagent pas l'autre époux ».

12. En second lieu, dès lors que le modèle participatif imprime au régime un esprit communautaire, l'autonomie doit également être bridée pour protéger la créance de participation. C'est alors dans les règles relatives au calcul de la créance de participation que l'on peut percevoir certaines limites à la gestion exclusive d'un époux. Il s'agit d'éviter que ses pouvoirs de gestion le conduisent à se délester de certains biens pour alléger la créance de participation, en faisant en sorte de diminuer son patrimoine final. L'article 10 de l'accord prévoit ainsi qu'il convient d'ajouter au patrimoine final la valeur des biens qu'un époux a cédés dans le but de léser l'autre époux, ainsi que des biens qu'il a dissipés ou encore des biens qu'il a donnés. Pour ces actes, l'accord du conjoint évite cette réunion fictive. Voilà de quoi restreindre l'autonomie d'un époux.

Cette règle appelle alors quelques précisions. Il convient ainsi d'observer que la réunion fictive des biens donnés, dissipés ou aliénés frauduleusement est écartée si l'acte est intervenu plus de dix ans avant la dissolution du régime matrimonial, solution qui est tirée du droit allemand<sup>5</sup>. On estime en effet que cette réunion fictive vise à éviter les manœuvres d'un époux vidant son patrimoine au détriment du conjoint. Or, si le conjoint n'a pas réagi en demandant une liquidation anticipée de la créance de participation dans les 10 années suivant l'acte, c'est qu'il a ratifié l'opération, ou du moins que l'acte n'a pas été réalisé dans le but de contourner les droits du conjoint sur la créance de participation. Il y a donc une sorte d'« absolutection décennale »<sup>6</sup>. Quant aux donations réalisées par un époux, il faut encore noter que les biens donnés ne seront pas réunis fictivement au patrimoine final si la donation n'est pas excessive eu égard au train de vie des époux, ou si la donation porte sur un bien du patrimoine

---

<sup>5</sup> V. § 1375 (3) du BGB.

<sup>6</sup> Ph. SIMLER, art. préc.

originaire. Mais, dans ce dernier cas et à la différence du droit français, ce sera à la condition que la donation soit faite à des parents en ligne directe<sup>7</sup>.

Enfin, si la gestion de son patrimoine par l'un des époux est de nature à compromettre les droits de l'autre au titre du calcul de la créance participation, le conjoint peut demander une liquidation anticipée de la créance de participation, solution que l'on retrouve tant en droit français qu'en droit allemand. L'article 18 de l'accord le rappelle.

À la dissolution du régime, il faudra alors procéder au calcul de la créance de participation. C'est à ce moment que prendra corps l'association patrimoniale des époux, seconde facette du régime optionnel.

## II. L'ASSOCIATION PATRIMONIALE DES ÉPOUX

13. Le régime optionnel n'est pas un régime purement séparatiste. Il reflète une conception commune à bon nombre de pays européens, selon laquelle le mariage doit entraîner un partage de l'enrichissement des époux. Si l'on admet ce point, toute la difficulté est de savoir quelle est l'étendue de cet enrichissement à partager. Derrière leur technicité, les règles de liquidation de la créance de participation peuvent révéler des conceptions très opposées, ce qui est précisément le cas concernant l'Allemagne et la France. Nous verrons d'abord en quoi ces deux conceptions s'opposent, avant de voir quelles solutions ont été retenues par l'accord franco-allemand.

14. L'opposition des régimes français et allemand apparaît clairement lorsque l'on étudie de plus près les règles de calcul de la créance de participation. Si l'on veut simplifier les choses, disons que le régime français de la participation aux acquêts porte bien son nom. En effet, la créance de participation conduira, peu ou prou, à un partage des acquêts tels qu'on les conçoit sous le régime légal français, à ceci près qu'il s'agit d'un simple partage en valeur et non en nature faute d'une masse commune. Ainsi, le patrimoine originaire, de manière schématique, se compose des biens qui seraient qualifiés de biens propres sous le régime légal. Le patrimoine final se compose de tous les biens existants au jour de la

---

<sup>7</sup> Cette solution est le fruit d'un compromis. En effet, dans le régime français de la participation aux acquêts, on ne saurait prendre en compte dans le patrimoine final, ni dans le patrimoine originaire, les biens qui ont été donnés s'ils ne constituent pas des acquêts. Comme dans le régime légal, il doit y avoir une totale autonomie de gestion sur ce qui constituerait des biens propres. En revanche, pour les biens qui relèvent de la catégorie des acquêts, l'accord du conjoint s'impose, à défaut de quoi leur valeur s'ajoute au patrimoine final. En droit allemand, on ne procède pas à cette distinction. Tous les biens donnés sont pris en compte, sauf à ce que la donation corresponde à un devoir moral ou à des considérations de convenance.

dissolution du régime, en y ajoutant éventuellement les acquêts qui auraient été donnés sans l'accord du conjoint, ou aliénés frauduleusement. Mais c'est surtout les règles d'évaluation de ces patrimoines qui sont essentielles. Pour faire émerger les acquêts, le patrimoine originaire et le patrimoine final sont évalués au jour de la liquidation, en faisant application du principe du valorisme. On retracera notamment la valeur des biens originaires qui auraient été cédés pour en acquérir d'autres, afin de procéder à une évaluation la plus conforme à la valeur économique incarnée par ces actifs. Par conséquent, la différence entre le patrimoine final et le patrimoine originaire fera apparaître, à quelques nuances près, ce qui constitueraient des actifs communs sous le régime légal français.

La logique du droit allemand est très différente. Si l'on veut être simple, disons cette fois que le terme de « participation aux acquêts » pour désigner le régime légal allemand porte mal son nom, car il nous induit en erreur. Les acquêts dont il est question n'ont, en effet, rien de commun avec les acquêts à la française, à savoir les acquisitions réalisées à titre onéreux pendant l'union. Il vaudrait mieux parler de « communauté différée des augmentations »<sup>8</sup>. Dans le modèle allemand, le patrimoine originaire ressemble à une photographie du patrimoine d'un époux au moment de son mariage. Il se compose de tous les biens qui appartenaient aux époux au jour du mariage, déduction faite des dettes. À ce patrimoine initial, on ajoute toutefois les biens reçus par succession ou libéralités. La valeur de ce patrimoine est figée au jour du mariage, ou au jour de l'entrée des biens dans le patrimoine. Le patrimoine final est une autre photographie, prise au jour de la dissolution, de tous les biens existants d'un époux, déduction faite des dettes. On prend également en compte le montant des biens dont l'époux s'est appauvri par un acte à titre gratuit, par une dissipation ou par des actes visant à nuire à son conjoint. La créance de participation se calculant sur la différence entre ces deux patrimoines, cela signifie alors que les époux ont vocation à se partager la plus-value des biens qui constitueraient, pour le juriste français, des « biens propres ». Le juge allemand peut tout au plus prendre en compte l'inflation, par le biais de l'indice des prix à la consommation, pour éviter une augmentation du patrimoine qui serait fictive<sup>9</sup>. Mais il ne s'agit là que d'un simple correctif. Le système allemand vise donc un partage de l'enrichissement qui va bien au-delà de la constitution d'acquêts tels que le droit français les conçoit.

---

<sup>8</sup> Cf H. LETELLIER, « Exemples étrangers de relations patrimoniales entre époux », *JCP éd. N* 2009, 1192.

<sup>9</sup> V. Cour fédérale de justice, 14 nov. 1973.



15. La différence est considérable. Pour s'en convaincre, prenons un exemple simple. Roméo et Juliette divorcent après 20 ans de vie commune. Juliette avait reçu de la succession de son père un appartement dans le quartier de Saint-Germain-des-Prés, évalué au moment de la succession à 1 000 000 d'euros. L'immobilier parisien se portant bien, ce même appartement vaut 2 000 000 quinze ans plus tard, au jour de la dissolution du régime. Précisons que durant le mariage, Juliette a consommé l'intégralité de ses revenus et n'a réalisé aucune acquisition. Roméo, quant à lui, n'a rien reçu en héritage, et n'avait aucun actif au jour de son mariage. Mais ayant un poste bien rémunéré dans une grande entreprise, il a pu, tout au long du mariage, développer son patrimoine par différents placements, évalués eux aussi à 1 000 000 d'euros au jour de la dissolution.

Dans un système de participation aux acquêts « à la française », Juliette n'aurait nullement vocation à partager le développement de son patrimoine immobilier reçu de la succession. Son patrimoine originaire sera évalué au jour de la liquidation à 2 000 000 d'euros, ce qui sera également le montant de son patrimoine final. En revanche, Roméo ayant un patrimoine originaire nul, et son patrimoine final se montant à 1 000 000 d'euros, ce différentiel fait bien apparaître ce qui constitueraient sous le régime légal des actifs communs, car acquis à titre onéreux pendant le mariage. Et c'est donc Roméo qui serait ici redevable d'une créance envers son épouse, de 500 000 euros. Nous retrouvons, en valeur, le même résultat que si nous avions liquidé une communauté légale.

Dans le système allemand, Juliette s'est bien enrichie pendant le mariage grâce à l'évolution du marché de l'immobilier parisien. Son patrimoine originaire sera évalué à 1 000 000 d'euros, correspondant à la valeur de l'appartement au moment où il est entré dans son patrimoine. Ce montant pourra tout au plus être corrigé en prenant en compte l'inflation. Son patrimoine final sera évalué à 2 000 000 d'euros. L'accroissement en valeur de son patrimoine doit donc être partagé. Cette augmentation se chiffrera aux environs de 1 000 000 d'euros. Pour Roméo, l'augmentation de son patrimoine apparaît également pour 1 000 000 d'euros, correspondant aux différents placements réalisés pendant le mariage. Au final, le développement des patrimoines de Roméo et de Juliette étant sensiblement équivalents, il n'y aurait pas de créance de participation, ou du moins pour un montant limité, selon l'impact de l'inflation sur l'évolution du patrimoine originaire.

On perçoit donc que les deux logiques sont radicalement opposées : en France, les époux ne participent qu'aux acquêts. En Allemagne, ils participent aux accroissements des patrimoines des époux.

16. C'est sur ce point que la création du régime optionnel commun s'est révélée très compliquée. Plutôt que d'opter pour l'une ou pour l'autre logique qui fonde le calcul de la participation, c'est alors à une sorte d'hybridation des régimes français et allemand auquel il a été procédé. Pour s'en tenir à l'essentiel, le point le plus délicat tenait sans doute aux modalités d'évaluation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Quelles solutions ont été retenues ?

Concernant le patrimoine originaire, à la manière du droit allemand, c'est en principe, au jour du mariage ou de l'acquisition des biens originaires qu'il convient de se placer pour procéder à leur évaluation, cette valeur étant toutefois indexée sur la variation moyenne de l'indice des prix à la consommation des États contractants. On pourrait donc penser que la participation serait finalement plus étendue que dans notre système français, car elle pourrait porter sur d'éventuelles plus-values. Cependant, ces modalités d'évaluation reçoivent une exception. Les biens et droits immobiliers dépendant du patrimoine originaire sont en effet revalorisés selon le mécanisme des dettes de valeur, « à la française », mais un mécanisme dont on n'a pas totalement fait application. En effet, les biens immobiliers seront évalués à la date de la dissolution du régime, mais s'ils ont été cédés ou remplacés pendant le mariage, l'évaluation a lieu au jour de la cession ou du remplacement. Pour autant, ne s'applique pas le mécanisme de la subrogation en procédant à l'évaluation sur le bien nouvellement acquis, à la manière du droit français. Pour prendre en compte l'évolution ultérieure de la valeur du bien, on retrouve simplement ici l'application du mécanisme de l'indexation.

Quant au patrimoine final, il est évalué à la date de la dissolution du régime, et non au jour de la liquidation comme dans le système français. C'est alors en comparant le patrimoine final et le patrimoine originaire que la valeur des « acquêts » réalisés par chaque époux s'obtient. La différence entre les acquêts de chacun est à partager.

17. En définitive, ces règles gouvernant le calcul de la créance de participation mettent à jour deux impératifs qui ont sans doute guidé les auteurs de l'accord. Tout d'abord, il s'agissait de toute évidence de trouver un compromis, chacun ayant fait des concessions mais sans abandonner tout à fait les solutions de son droit interne. En outre, il s'agissait d'adopter un système de calcul simple dans sa mise en œuvre, la participation aux acquêts à la française étant perçue comme trop compliquée. Or, l'indexation est un système qui a le mérite d'être simple. Il n'est écarté que pour les biens immobiliers jusqu'au moment de leur remplacement, hypothèse dans laquelle l'estimation du bien ne sera pas insurmontable.

Le revers de la médaille, c'est qu'il est bien difficile de tirer de ces règles des enseignements quant au contour du principe participatif. Que vont partager les époux ? Le régime optionnel n'offre pas ici une réponse claire, car tout sera fonction des circonstances.

18. Pour reprendre notre exemple, si Juliette a conservé son appartement de Saint-Germain, il sera évalué « à la française » (ou presque), c'est-à-dire sans que la plus-value n'ait vocation à être partagée. En effet, pour les immeubles, le patrimoine originaire s'apprécie selon leur valeur à la date de dissolution du régime. Mais si Juliette avait hérité d'une belle collection de tableaux, d'un montant équivalent, c'est leur valeur au jour de leur acquisition qui aurait été prise en compte, indexée sur l'indice des prix, quand bien même la cote des artistes aurait depuis bondi.

On voit là les limites du procédé de l'indexation, qui a sa logique dans le système allemand, mais qui est naturellement très approximatif pour mettre à jour des acquêts « à la française ».

19. En conclusion, à l'issue de cette brève présentation, quel avenir peut-on prédire à ce régime optionnel ? Les pessimistes s'attacheront aux imperfections de l'accord, en ce qu'il est le fruit d'un compromis entre deux pays. Comme beaucoup de compromis, on soulignera donc à l'envie certaines incohérences quant au calcul de la créance de participation, qui est au cœur du régime de la participation aux acquêts. L'accord est en outre l'œuvre d'une transaction entre deux pays, la France et l'Allemagne. Voilà qui pourrait évidemment ne pas satisfaire les autres États membres, faute d'avoir été associés à l'élaboration de ce qui est présenté comme un régime commun européen. Mais fallait-il pour autant renoncer à un tel accord bilatéral ? Les obstacles rencontrés dans la création d'un instrument optionnel en droit des contrats nous laissent mesurer le chemin qu'il aurait fallu parcourir avant d'arriver à un consensus dans le domaine si sensible du droit de la famille. On peut donc saluer la naissance de ce régime optionnel, qui a le mérite d'apporter la première pierre à l'harmonisation du droit des régimes matrimoniaux. Et parce qu'il y aura, demain, encore davantage de Roméo et Juliette qui s'aimeront au-delà des frontières, l'harmonisation nous semble nécessairement en chemin.



# **DROIT DE L'ENVIRONNEMENT**



## LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES ET L'ÉVOLUTION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Mircea DUȚU\*

Si en ce qui concerne le *global warming* (respectivement ses causes, sa vitesse de développement ou ses effets possibles) persistent encore des incertitudes d'ordre scientifique, les manifestations concrètes des changements climatiques (telle la croissance de la fréquence et l'augmentation de l'intensité des phénomènes météorologiques extrêmes) constituent déjà des réalités évidentes, incontestables. Les experts estiment qu'il y a 90% de probabilités que les changements du climat observés soient dus aux activités humaines. En tout cas, c'est la première manifestation éco-globale de l'anthropocène<sup>1</sup>.

Le changement climatique majeur en cours de réalisation est un *global change*, vu son interaction avec l'ensemble des processus géophysiques et avec la totalité des activités socio-humaines.

Dans le même temps, en affectant le secteur de l'énergie, et avec un impact des plus importants sur les écosystèmes, les forêts et l'agriculture, le problème écoclimatique comporte un aspect significatif d'un point de vue socio-économique.

Mais, ce qui paraît le plus important à la différence de toutes les autres agressions de l'homme sur la planète connues jusqu'à présent, relatives à l'existence, est que le changement écoclimatique en cours met en danger, par l'ampleur et le rythme rapide de sa production, la survie de l'actuelle forme de vie sur la Terre, y compris de l'homme en tant qu'espèce parmi les

---

\* Président de l'Université Écologique de Bucarest, Directeur de l'Institut de Recherches Juridiques de l'Académie Roumaine.

<sup>1</sup> Concept imposé au niveau international par le danois P. Creuzen, lauréat du Prix Nobel de chimie, pour désigner la période après 1800, où l'homme est devenu «une véritable force géologique».

espèces. Il en résulte une difficile adaptation aux nouvelles conditions environnementales.

L'ensemble de ces éléments conduit le philosophe Stephen Gardiner à qualifier le problème du « parfait cataclysme moral » (*perfect moral storm*), bien au-delà des difficultés standards de l'action collective à l'échelle internationale<sup>2</sup>.

En même temps, les données scientifiques jouent un rôle déterminant dans l'évaluation des dimensions et des effets du phénomène, ainsi que dans la configuration des objectifs de sa gestion et de la réponse sociétale attendue, y compris celle de nature juridique.

Si on accepte la thèse du philosophe et épistémologue Michel Serres, membre de l'Académie française, que « le droit peut sauver la nature... Le droit est peut-être une mauvaise solution pour sauver l'environnement, mais il n'en existe pas d'autres »<sup>3</sup>, l'influence des changements climatiques sur l'évolution du droit de l'environnement et, surtout, son rôle dans la résolution de ce problème global capital acquièrent des significations majeures.

### *1. La Terre dépend de l'homme qui dépend de la Terre*

Depuis son commencement, comme remarquaient Al. Kiss et J. P. Beurrier, la préoccupation environnementale comporte aussi une forte connotation philosophique, dans le sens quotidien du terme<sup>4</sup>, ce qui n'est pas sans effet sur l'élaboration et l'application des normes juridiques. Elle correspond à une conception du monde, en comportant de nouvelles valeurs sociales et individuelles, comme réaction aux exigences de protection de l'environnement.

Les priorités éco-globales, telles celles d'ordre écoclimatique, imposent des réévaluations dans ce sens également, par rapport aux nouvelles perspectives d'approche et aux responsabilités qui doivent être assumées dans leur solution.

La philosophie dominante devient, maintenant, celle de la sagesse de la survivance, subsumée à la thèse fondamentale qui affirme que *la Terre dépend de l'homme qui dépend de la Terre*. Elle implique, par exemple, au plan général, la constitution et l'affirmation d'une nouvelle solidarité au niveau de l'espèce humaine, l'acceptation de l'idée de co-évolution au

---

<sup>2</sup> S. M. GARDINER, « A Perfect Moral Storm: Climate Change, Intergenerational Ethics and the Problem of Moral Corruption », *Environmental Values*, 15 (3), pp. 397-413.

<sup>3</sup> « Le Droit peut sauver la nature », entretien avec Michel Serres, *Pouvoirs*, nr.127/2008 – *Droit et environnement*, Paris, éd. du Seuil, 2008, pp. 8-11.

<sup>4</sup> Al. KISS, J.P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, éd. Pedone, 2010, p. 40.



niveau de la biosphère et l'aménagement et la promotion d'une « cohabitation » durable et univoque, entre le méga-habitat humain et l'écosystème planétaire<sup>5</sup>. Au niveau individuel, se définit un nouveau type de comportement, éco-responsable, économe des ressources et de l'énergie, solidaire inter- et intra-générationnel, socialement actif, etc.

## 2. *Un droit des interdépendances nécessaires, globales et planétaires*

Initialement, la protection de l'environnement s'est inscrite dans ce domaine du droit international appelé, depuis les années 1960, « droit de l'interdépendance » et qui gouverne des matières particulièrement sensibles, visant la dignité de l'homme et la survivance de l'espèce humaine. Les phénomènes écoclimatiques et la réaction socio-juridique afférente ouvre cette interdépendance au niveau planétaire et à l'ensemble de la diversité, en rendant davantage nécessaire la coopération internationale et, ainsi, « le besoin de droit ».

L'interdépendance écoclimatique en est une globale, planétaire, absolue. « En tant que problème politique et moral, le réchauffement de la planète est un défi global, c'est-à-dire une menace physique qui peut frapper gravement ou mortellement tout le monde sur terre et que l'on ne contrera avec quelque chance de succès que si la quasi-totalité des pays et des peuples de la planète agissent ensemble »<sup>6</sup>. Dans une telle logique, la menace écoclimatique représente, du point de vue philosophique, « la fin de la rationalité politique moderne et la transition vers une ère nouvelle et inconnue »<sup>7</sup>. En tout cas, « Seules de telles menaces globales, ultimes et reconnues par tous peuvent générer des forces susceptibles de rassembler l'humanité divisée et conflictuelle en une communauté (...) politique »<sup>8</sup>. Selon cette perspective, le devoir d'exprimer et de régler cette interdépendance et ses manifestations qui deviennent une nouvelle solidarité planétaire, également de nature écologique, économique, philosophique et, non en dernier lieu, politico-juridique, relève du champ du droit tant d'un point de vue conceptuel que matériel.

Ainsi, « Le droit de l'environnement, c'est le droit des interdépendances, des solidarités nécessaires d'un monde ou, pour reprendre Jean-Paul Sartre, on ne put pas se sauver seul »<sup>9</sup>. Et sous l'impact des changements climatiques, sa

<sup>5</sup> E. MORIN, *L'An I de l'ère écologique*, Paris, éd. Tallandier, 2007, pp. 97-99.

<sup>6</sup> F. CERUTTI, « Le réchauffement de la planète et les générations futures », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 108.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> F. EWALD, « Le droit de l'environnement : un droit des riches ? », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 20.

dimension de droit de solidarité nécessaire, planétaire et vitale apparaît comme une nécessité, une réelle préoccupation centrale.

### *3. Le changement de conceptualisation et la modification de la nature du droit de l'environnement*

La crise écologique commencée au début des années 1960 a été perçue « d'abord et surtout comme une crise de notre représentation de la nature, crise de notre rapport à la nature »<sup>10</sup>. Pour se protéger soi-même, l'homme doit garder et conserver l'environnement, en vertu d'une conception anthropocentriste. C'est son propre intérêt qu'il protège ainsi. Il est le seul à pouvoir déterminer des droits, les éléments de la nature. ... l'homme se comporte comme s'il possédait un droit de propriété sur son environnement. Or, un droit de propriété peut être protecteur, le gardien de la chose la valorise et la transmet, par une gestion en bon père de famille, mais il peut aussi être destructeur, si le gardien en abuse au point de l'épuiser et de la vider de sa substance<sup>11</sup>.

Dans une pareille logique, le droit appelé à résoudre cette problématique ne pouvait être qu'*un droit de l'environnement humain*, conçu comme un ensemble d'éléments, de facteurs qui ont une influence sur les conditions dans lesquelles l'homme vit. Une idée exprimée de manière inspirée par le professeur Al. Kiss, pour lequel l'environnement est depuis une quarantaine d'années « une troisième valeur fondamentale de l'humanité à côté de la paix et des droits de l'homme », « toute action servant à les sauvegarder doit être considérée comme servant l'intérêt général de l'humanité »<sup>12</sup>.

La crise écoclimatique déclenchée à partir de 1990 suppose pourtant un changement de perspective, le remplacement de la logique de l'augmentation du bien-être de l'homme, avec celle de la survie et de la vie sur la planète, le dépassement de la vision anthropocentriste en faveur de celle de l'écosphère. Si jusqu'à son affirmation, le droit a visé la protection de l'environnement pour ajouter une nouvelle dimension de qualité de vie et l'intégration de l'objectif écologique dans l'équation du développement durable, le but prioritaire poursuivi aujourd'hui devient la prévention du désastre écoclimatique planétaire et la conservation des conditions essentielles de survie de la biosphère, dans sa structure actuelle. L'objectif final étant de

---

<sup>10</sup> F. OST, *La Nature hors la loi, L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, éd. La Découverte, Poche, 2003, p. 8.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>12</sup> A. KISS, « Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Pour un droit commun de l'environnement*, Paris, éd. Dalloz, 2007, pp. 207-222.

préserver l'espèce humaine et la civilisation planétaire qu'elle a engendrée et, finalement, l'intégration du développement dans le devenir de l'écosphère. Ainsi, le droit de propriété comme axe juridique de rapport aux problèmes de l'environnement est devancé par le droit à la vie, à la survie. Ce faisant, l'*être* acquiert priorité par rapport à l'*avoir*.

Sur le fondement de ces prémisses théoriques, la constitution d'un « droit de l'environnement » a supposé, certes, à son tour, une certaine « révolution » par rapport au droit classique, trop « humain » et sociétal, mais avec les limites de rigueur, et a donné une première substance juridique à la relation de l'homme avec la nature, par le corpus de règles juridiques afférent au concept plus large de « protection » de l'environnement. Ainsi, a émergé un objectif déterminé pour cette nouvelle branche du droit, une protection de l'homme et, de cette nécessité, une protection de l'environnement où il vit, un droit qui concerne l'homme et les éléments de la nature environnementale, dans la mesure où ceux-ci forment un tout écologique indissociable. C'est un objectif exprimé juridiquement par un *droit à un environnement sain*, de qualité, protégé convenablement pour le développement de la personne humaine. Le fait d'ajouter l'exigence « équilibré du point de vue écologique » a représenté un progrès important qui suppose, dans le même contexte, la reconnaissance d'un niveau minimum de jouissance des ressources communes : le droit à l'eau, à l'air pur, non-pollué, le droit d'accès à la faune, à la flore, au littoral, etc. et les germes d'une nouvelle approche. On lui reconnaît ainsi de nouvelles dimensions, tel le droit à l'eau potable sûre et propre et à la salubrité « essentiellement pour jouir pleinement de la vie » (Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 juillet 2010)<sup>13</sup>.

Comme remarquait le même M. Serres le terme d'*environnement* est un mot qui, non seulement du point de vue philosophique, mais aussi juridique, est en soi inapproprié, en exprimant le contraire de ce qu'il veut signifier. Il implique l'idée que l'homme est le centre et tout le reste est environnement.

En effet, le dépassement de la séparation artificielle entre l'humain et le naturel, l'acceptation comme objectif, la protection et la conservation de l'*écosphère* suppose une transformation radicale, le passage de « l'environnement humain » à « l'environnement planétaire » ; avant tout, il convient de préciser les significations du nouveau concept-fondateur, c'est-à-dire celui d'*écosphère*. Selon le créateur de la notion, L.C. Cole (1958), celle-ci désigne la partie de la planète qui comprend l'ensemble des êtres vivants et leur environnement immédiat, dont les propriétés physico-chimiques créent les conditions favorables à la vie sur la surface de la Terre,

---

<sup>13</sup> V. aussi B. DROBENKO, *Le droit à l'eau : une urgence humanitaire*, éd. Johanet, 2010.

ainsi que les processus biologiques, de production, de transformation, de destruction<sup>14</sup>.

Avec certains développements et adaptations imposés par le progrès scientifique des dernières décennies, cette définition reste toujours valable aujourd'hui. Son essence réside en ce que l'«écosphère» écarte la séparation artificielle et préjudiciable entre l'homme et l'environnement et affirme l'unité organique de tout le naturel. On poursuit la protection de l'infime couche de et autour de la surface terrestre – seulement quelques mètres de profondeur et quelques dizaines de kilomètres de hauteur – où la vie, indépendamment de ses formes, est possible et se manifeste. Dans cette perspective, la protection et la conservation de l'environnement devient une simple condition et non pas un véritable but. L'obligation de diligence, l'assurance d'un environnement favorable, de qualité se transforme en une obligation de résultat, à savoir le maintien de l'actuelle forme de vie sur la planète.

Le droit fondamental à un environnement sain (la dimension humaine) et écologiquement équilibré (l'aspect environnemental), mais conditionné par la première, progresse inexorablement vers le dépassement de la carapace anthropocentriste pour devenir le *droit à la survie de tous les êtres* (vivants), avec l'homme en tête et, à son tour, l'écologie évolue vers la *vitiologie*.

Dans ce contexte, si le droit de l'environnement s'est manifesté initialement de manière prioritaire comme une somme de règles de « police spéciales », comme un droit isolé, d'interdictions, de restrictions et d'encadrements administratifs, visant la prévention de la pollution par la réglementation, l'autorisation et la sanction des atteintes portées à l'environnement, l'acceptation de l'objectif du développement durable a conduit à l'ajout de nouveaux moyens d'actions, basés sur les avantages du contrat, sur la concertation public-privé et des mécanismes économique-financiers, fiscaux et subsumés, évidemment, à la solution de l'économie de marché.

Le « choc » de la crise financière globale, commencée en 2008, et le passage à la création des prémisses du nouveau droit de l'environnement, celui de l'écosphère, sous l'empire du nouvel impératif écologique, réclame une réforme radicale dans cette matière également, marquée par la régression des éléments spécifiques au « marché libre » et la résurrection de ceux réglementés, y compris et surtout au niveau global, mais non pas sur la base de l'autoritarisme administratif justifié par les exigences du minimum

---

<sup>14</sup> Dans une étroite relation avec celle-ci, jusqu'à la confusion, c'est le concept de *biosphère*, défini comme l'infime pellicule de notre planète où la vie est toujours possible et qui comprend l'ensemble des êtres qui vivent dans la lithosphère, l'hydrosphère et l'atmosphère.

social garanti, mais sur celle de la responsabilité consciente assumée de l'impératif ultime, de nature écoclimatique.

Il modifie également ainsi les instruments et les méthodes d'action. On généralise le mécanisme de la réglementation-cadre (convention internationale, directive de l'Union Européenne, loi nationale), qui permet la réception appropriée de nouvelles catégories technico-scientifiques et l'adaptation normative nécessaire, on configure une nouvelle gouvernance de la gestion des risques planétaires, tel celui écoclimatique, on promeut de nouvelles formules d'expression des objectifs poursuivis (tel le seuil limite de 2°C ou de 550 ppm concentration de CO<sub>2</sub>) etc.

D'un phénomène purement social (*ubi ius, ibi societas*), le droit devient le régulateur d'un système d'interactions où l'homme n'est plus qu'une partie, il est vraie importante, une espèce parmi les espèces, sujets de droit égaux, gouvernés par le principe de la non-discrimination naturelle, dans le cadre de l'unicité de la biosphère.

#### 4. Le principe de précaution – principe promu par le nouveau droit de l'environnement

La Convention-cadre sur les changements climatiques représente le premier et le plus important traité international qui a été élaboré et adopté sous l'empire de ce concept et qui exprime de manière stratégique-juridique les significations du principe de précaution<sup>15</sup> bien qu'il ne soit pas, encore, à ce moment-là, en 1992, généralement reconnu et pleinement consacré en pratique et en droit (le droit « soft » avec la déclaration de Rio). Cette situation incertaine explique un certain état intermédiaire de formulation de son contenu, où les exigences du principe de prévention sont encore perceptibles, mais s'ajoutent, sans pour autant exclure les exigences *in nuce* du nouveau principe, celui de précaution. Le rôle et ses significations dans l'impulsion du processus de réglementation juridique s'expliquent surtout par la circulation des connaissances scientifiques en matière de changements climatiques.

---

<sup>15</sup> Pour une présentation de la Convention, v. W. LANG, H. SCHALLY, « La Convention-cadre sur les changements climatiques. Un élément du bilan normatif du Sommet de la Terre : La CNUED », *Revue Générale de Droit International Public* avril-juin 2/1993, pp. 321-337.

Apparu au début des années 1970, dans le but de placer l'environnement au centre des politiques publiques et consacré graduellement par divers textes juridiques, le principe de précaution s'inspire d'une philosophie générale de la responsabilité et de la suppression des risques et exprime l'idée que l'absence de certitude scientifique en ce qui concerne la production des effets négatifs, n'empêche pas l'adoption de mesures appropriées considérées nécessaires comme pour éviter le risque de leur apparition. Pour une présentation générale, v. F. EWALD, Ch. GOLLIER, N. de SADELLER, *Le principe de précaution*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2008.

La gestion des phénomènes environnementaux globaux se caractérise par le fait d'être affectée par l'incertitude scientifique ; une certitude génère une incertitude et cette dernière en cache nécessairement une autre. Ainsi, la gestion et la réglementation des problèmes environnementaux sont de nature diachronique, ne se soumettent pas à une logique *linéaire* où l'incertitude scientifique se transforme progressivement en certitude scientifique. Par contre, ils s'inscrivent dans une dynamique *circulaire* dans laquelle la certitude et l'incertitude s'entrecroisent, se mêlent et se neutralisent, ayant pour conséquence la persistance de l'incertitude<sup>16</sup>.

La circularité de la connaissance scientifique, comme substrat du régime juridique sur les changements climatiques le différencie des régimes juridiques soumis aux fourches caudines de la linéarité des connaissances scientifiques.

Le droit ne remplit pas une fonction sociale identique, selon qu'il est basé sur une approche circulaire ou intègre une approche de linéarité de la connaissance scientifique. Dans la première hypostase, le juridique remplit une fonction d'anticipation *per se* ou de « totale anticipation » des risques environnementaux ; dans la seconde, il joue un rôle de prévention ou de « semi-anticipation » de ces risques<sup>17</sup>.

La prévention des risques est fondée sur un postulat majeur : la capacité des sujets de droit d'acquérir la certitude scientifique en ce qui concerne l'existence et les effets des risques environnementaux<sup>18</sup>. L'anticipation est fondée sur un autre préalable : la capacité des sujets de droit international de capter l'incertitude scientifique liée à certains risques environnementaux. La différence entre ces deux approches réside dans leur mesure ; dans la prévention, l'action des sujets de droit international est subordonnée *prima facie* à l'existence d'un seuil minimal de certitude scientifique sur les risques environnementaux ; dans le contexte de l'anticipation, leur action n'est absolument pas tributaire d'un degré de certitude. L'incertitude

---

<sup>16</sup> L. BOISSON de CHAZOUMES, « Le droit et l'universalité de la lutte contre les changements climatiques », dossier « Droit et climat », *Cahiers droit, sciences & technologies*, 2009, vol. 2, pp. 29-36.

<sup>17</sup> Sur les implications de ce concept, v. M. M. MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Paris, éd. Pedone, 2009, pp. 97-116.

<sup>18</sup> Ce postulat trouve une expression particulière dans l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* (SPS) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ainsi, les dispositions de l'art. 5 du document permettent aux États d'adopter des mesures restrictives pour le commerce international – mesures dites SPS – en cas d'« insuffisance des preuves scientifiques pertinentes » ; cependant, ces mesures ne peuvent être que « provisoires », car les États membres des Nations Unies sont tenus de les retirer dans un « terme raisonnable », c'est-à-dire d'acquérir plus de certitude scientifique sur la nature des risques respectifs. Seulement ces risques « évalués objectivement » peuvent faire l'objet des mesures SPS à caractère permanent. Dans cette perspective, l'Accord SPS se profile comme un instrument de prévention et non pas d'anticipation des risques environnementaux.

scientifique devient le facteur générateur de l'action en matière de protection internationale de l'environnement. La prise en compte de l'incertitude scientifique s'exprime par différentes formulations dans les textes internationaux en la matière, des modalités indirectes, implicites, jusqu'à des précisions directes<sup>19</sup>. Surtout les conventions-cadre adoptent la méthodologie juridique qui vise l'établissement d'une liaison rationnelle ou d'une relation de connexité entre anticipation et incertitude scientifique.

5. *Des « responsabilités communes, mais différenciées », aux responsabilités planétaires assumées de manière égale*

L'affirmation du nouveau droit global de l'environnement met en discussion le traditionnel « droit international du développement », affirmé au début des années 1960 sous la forme d'un faisceau de règles dérogoires, favorables aux pays en voie de développement, en tenant compte de leur situation socio-économique inégale<sup>20</sup>.

Certes, à l'origine de cette approche nous trouvons non seulement des raisons liées au nouvel ordre économique mondial néolibéral, basé sur le marché libre, l'ouverture des frontières et la libéralisation du commerce extérieur<sup>21</sup>, mais aussi des raisons écologiques, liées à l'impératif de la réduction des émissions de GES, la maîtrise du phénomène du réchauffement mondial dans les limites d'une croissance maximale de 2°C et les possibilités de l'adaptation aux nouvelles conditions éoclimatiques. Et dans la définition de la relation entre ces deux droits – celui du développement et, respectivement, celui de l'écosphère, en formation, – le rôle décisif revient aux évolutions dans le rapport de forces entre les trois

---

<sup>19</sup> Ainsi, certains documents internationaux ne se réfèrent expressément à l'incertitude scientifique, mais à « l'absence de certitude scientifique absolue » ou à « l'absence de certitude scientifique totale ». C'est le cas, par exemple, de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* de 1992 (principe 15) ou de la *Convention polluants organiques persistants*, adoptée à Stockholm, le 22 mai 2001 (art.1). Donc, vu que pour la majorité des risques d'environnement il est impossible, du point de vue matériel, d'arriver à une certitude « totale » ou « absolue », toute certitude scientifique, tant qu'elle n'est pas « absolue », puisse être qualifiée comme incertitude scientifique. Les textes qui incorporent un pareil langage font apparaître le fait qu'il existe un état factuel quasi-permanent d'incertitude scientifique dans certaines réflexions sur la protection internationale de l'environnement qui est le moteur pour l'adoption par les États des mesures d'anticipation des risques environnementaux. Dans son domaine d'action, la *Convention sur la biodiversité* (1992) souligne qu'« est vitale l'anticipation, la prévention et l'attaque à la source des causes », en notant toutefois que « là où existe la menace d'une réduction significative ou de la perte de la diversité biologique, le manque de certitude scientifique totale ne doit être utilisé comme motif pour différer les mesures pour éviter ou réduire ce danger ». (Préambule).

<sup>20</sup> M. VIRALLY, *Vers un droit international du développement*, Paris, AFDJ, 1965, p. 3.

<sup>21</sup> M. KAMTO, « Requiem pour le droit international du développement », in *Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh*, coll. « Droit, Liberté, Paix, Développement », Paris, éd. Pedone, 2011, pp. 495-507.

principales philosophies du développement en présence et les grandes zones d'intérêts concernant la réduction des émissions de GES.

Ainsi, la thèse européenne, circonscrite à la vision onusienne du développement durable, qui met l'accent sur la modération de la croissance, l'utilisation des énergies renouvelables et la réglementation juridique de la démarche de gestion du problème, s'est exprimée, particulièrement, dans la position constructiviste et le rôle de leadership mondial assumé par l'Union européenne dans le domaine. La vision américaine, tributaire de la logique de l'économie de marché, considérant que rien ne doit empêcher la libre activité et que l'entreprise saurait utiliser et profiter des conquêtes de la technologie pour surmonter les dangers écologiques, y compris grâce aux énergies non polluantes (telle l'énergie nucléaire !), s'est reflété, sous une forme plus atténuée dans la position de l'administration Clinton de signature du protocole de Kyoto (1997), mais a été caractérisée de manière dogmatique par le refus de ratification du document par le président G.W. Bush (2001).

Enfin, le point de vue des pays émergents basé sur l'idée qu'aucune contrainte ne doit affecter leurs économies dans la course pour la récupération des retards dans le développement et la participation à la compétition mondiale a conduit au refus de toute obligation de réduction des émissions de GES et à la promotion de la même position. Ainsi, il en résulte que, par exemple, la Chine est devenue le principal émetteur de gaz polluants !

Le relatif équilibre entre les trois thèses économiques s'est exprimé dans les documents de la Conférence de Rio (1992) et a conduit à des solutions partielles, qui se sont avérées ultérieurement inefficaces et qui ont exigé des correctifs urgents et majeurs. Ainsi, la règle (le concept) « des responsabilités communes mais différenciées », basée sur « la diversité des rôles dans la dégradation de l'environnement mondial » exprimée dans le principe 7 de la Déclaration de Rio a été traduite spécifiquement dans la Convention-cadre sur les changements climatiques de 1992<sup>22</sup> et a fait que seulement 37 pays industrialisés et l'UE aient assumé des engagements fermes, obligatoires par le Protocole de Kyoto (1997) de réduction des émissions de GES. Il s'agit, évidemment, de l'octroi d'une priorité *au droit*

---

<sup>22</sup> Ainsi, les pays développés devront être à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes (art. 3, al.1) ; ils devront fournir des ressources financières nouvelles et additionnelles pour couvrir la totalité des coûts convenus encourus par les pays en voie de développement (art. 4, al. 3) ; aider les pays en développement qui sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques à faire face aux coûts d'adaptation aux dits effets (art. 4, al. 4) ; faciliter le transfert de technologies et de savoir-faire écologiquement rationnels aux pays en voie de développement (art. 4, al. 5), etc.



*au développement économique, au détriment du droit à un environnement sain et écologiquement équilibré.*

Les effets de l'application des mesures internationales déjà adoptées et les évolutions enregistrées au niveau du système climatique démontrent l'insuffisance des efforts déployés, l'accélération des risques d'un glissement irréversible vers le désastre et la nécessité croissante d'adaptation aux besoins donnés du milieu écoclimatique.

Dans cette perspective, il convient de repenser et réorienter les priorités en faveur de celles d'ordre climatique en vertu du droit vital à la survivance et, dans ce contexte, la redéfinition de l'équation développement-climat. Concrètement, pour ce qui est des pays émergents, dont certains sont devenus des pollueurs majeurs de l'atmosphère, un développement durable et la prise en considération de l'impératif de la survivance supposeraient l'acceptation de certains engagements fermes, juridiques, quantifiables et en rapport direct avec les données et les évaluations scientifiques de réduction des émissions de GES, selon l'objectif assumé à Copenhague, de non-dépassement du seuil de croissance de la température moyenne de 2°C. La seule exception pourrait être représentée par les pays pauvres, dont la contribution à l'effet de serre reste mineure et pour lesquels devrait être maintenue l'aide financière et l'assistance technique pour l'adaptation écoclimatique. La nouvelle compatibilisation économie-climat s'avère pourtant difficile, mais marque une étape absolument nécessaire, bien que difficile, dans la résolution de la problématique des changements climatiques et, ainsi, dans le développement du droit de l'environnement.

#### *6. L'accentuation du processus de scient-technicisation du droit*

Par ses spécificités, le droit des changements climatiques accentue et développe le processus de scientisation (technicisation) des réglementations juridiques en général et du droit de l'environnement plus particulièrement.

Comme normes techniques sanctionnées par voie juridique, celles du droit de l'environnement reprennent et prescrivent des exigences scientifico-techniques, établissent des termes et des modalités strictes de réalisation de certains objectifs précisément définis. Pourtant, les normes juridiques ne constituent pas une simple transcription des données scientifiques, entre les faits scientifiques, le « construit », et les normes de droit s'intercalent de nombreux facteurs, une série d'opérations de perception et de qualification sociale et juridique, la confrontation des stratégies d'action en présence des groupes sociaux ou des acteurs administratifs et économiques et, avant tout, l'autonomie du juridique lui-même, qui institue un ordre et une approche propres, qui ne peuvent se réduire à une simple transposition de catégories

scientifiques. Elles restent, en dernière instance, des normes juridiques à contenu spécial.

Il s'agit, en même temps, d'une tendance à de plus amples transformations intérieures, à des implications profondes pour l'élaboration, l'adoption et la réalisation de ces normes, jusqu'à des évolutions majeures en ce qui concerne sa nature. Ainsi, la liaison entre les données, les exigences techniques-scientifiques et les normes de droit est devenue tellement étroite, que nous sommes arrivés à une nouvelle catégorie, celle de *scientojus*, indispensable à la compréhension des spécificités de l'ensemble normatif écoclimatique. La symbiose entre les deux zones de la connaissance humaine avec les résultats attendus est imposée par les particularités et l'importance exceptionnelle du domaine.

### 7. *Scientojus, climatojus*

La connaissance environnementale est devenue au 21<sup>e</sup> siècle un discours de haute (scient-)technicité, avec une accentuation continue qui, conjugué avec le phénomène de la globalisation des problèmes environnementaux et l'acquisition de leur caractère vital pour l'existence de l'humanité comme espèce et la survie des autres formes de manifestation de la vie sur Terre, génère un processus de planétarisation de l'impératif écologique majeur, dans la plénitude des significations du terme. Et le processus s'accroît dans l'avenir.

En vertu de cette situation, le rôle des données scientifiques devient de plus en plus important dans la configuration du contenu et même du mode de réalisation des normes de droit (de l'environnement et surtout du droit de l'écosphère). Certes, en dépit de cette scient-technicisation accrue, le droit reste soumis à sa propre logique : il autorise, interdit, pose des conditions et institue des limites. Tout ce qui est assimilé du dehors doit être transcrit selon le langage propre, de manière adéquate à ses propres concepts et catégories. Le droit « transsubstantialise » les éléments scientifiques-techniques, essaie, dans la mesure du possible, de les associer aux notions juridiques préexistantes (telles les notions de propriété, de préjudice, de risque, d'intérêt général...) et, *in extremis*, lorsque celles-ci dépassent sa capacité traditionnelle d'adaptation et d'assimilation, il passe à la création de nouveaux concepts et de formes de manifestation. Il ne faut pas ignorer le fait que, à cette fin, les normes techniques représentent une transformation fidèle et appropriée du savoir scientifique dans le *know-how* humain. Même si, dans une perspective positiviste du droit, la norme juridique découle de la simple volonté humaine, dans ce contexte, son rôle se réduit à la reproduction la plus fidèle des exigences scientifiques-techniques, de nature

écologique, naturelle, « en contenant une vérité extérieure à celle énoncée par la norme même ».

Ainsi, en vertu de ce rôle créatif extraordinaire exprimé de cette manière, on arrive graduellement au « scientioius », dans l'espèce « climatoius » comme « noyau dur » du droit de l'environnement, en permanente expansion. Dans ces conditions, la donnée scientifique-technique devient un vecteur de plus en plus important de création de normes et la communauté scientifique un acteur majeur du processus de codécision en la matière. En même temps, l'implication de la société civile à cet égard est à redéfinir, dans le sens de l'apparition du besoin d'une information supplémentaire et adéquate sur les évolutions environnementales planétaires, pour permettre une participation authentique et efficiente du public à la prise de décisions dans le domaine, y compris à leur application effective.

#### *8. Un nouvel acteur majeur dans le processus de création du droit : la communauté scientifique*

Dans cette perspective, les problèmes écologiques globaux, tels les changements climatiques, ont supposé l'implication active, comme partenaire, dans le cadre du débat et de sa solution, des représentants de la *communauté scientifique*, à côté des délégués des gouvernements, de ceux de la société civile et des mass-média, mais ayant un rôle propre, spécifique. En effet, si la prise de conscience des problèmes d'environnement s'est imposée souvent grâce à l'activisme des organisations écologistes qui exprimaient la préoccupation de l'opinion publique relativement à la détérioration des conditions de vie en matière de changements climatiques, à la diminution de la couche d'ozone ou à la détérioration de la biodiversité, le rôle primordial revient à la communauté scientifique. Ses diagnostics sont déterminants dans la négociation des objectifs et des mécanismes de réalisation des instruments juridico-stratégiques adoptés au niveau international et mis en œuvre au plan régional, national et local. En même temps, c'est seulement dans ce contexte que l'on peut assurer la transformation des données et des exigences scientifiques-techniques afférentes en prescriptions juridiques. Un exemple concret est représenté par le Groupe intergouvernemental pour l'évolution du climat (GIEC), lauréat du Prix Nobel de la paix (2007), et le Panel intergouvernemental sur la biodiversité (IPBES), qui publie périodiquement des évaluations, qui constituent la base des négociations, et l'adoption des décisions politico-juridiques. Dans le même temps, la réponse de la société civile s'est « jus-scientifié » aussi, avec l'organisation de forums internationaux, où des scientifiques et des organisations non-gouvernementales participent, et de

certaines positions dont les messages relatifs à la responsabilité sont fondés sur des arguments scientifiques, en augmentant ainsi l'impact sur les décideurs, le monde des affaires et l'opinion publique<sup>23</sup>.

*9. Le renforcement du rôle de la société civile dans l'élaboration et le respect du nouveau droit de l'environnement*

Le processus général de gestion de la problématique écoclimatique souligne toutefois l'affirmation de plus en plus vigoureuse, à côté des États, des acteurs non-étatiques, comme la société civile ou les collectivités locales, y compris dans le contexte des négociations internationales sur ces thèmes<sup>24</sup>. Ainsi, dans le cadre des conférences internationales sur le climat il existe déjà une tradition d'organiser, simultanément aux réunions des représentants politico-diplomatiques, des assemblées d'envoyés de la société civile, dans le but évident de faire pression et d'influencer les négociations multilatérales.

Significatives, dans ce sens, restent les manifestations organisées sous l'égide de « Klimaforum 09 People's summit » de la Conférence de Copenhague (décembre 2009)<sup>25</sup>. Au-delà de la mobilisation de l'opinion publique mondiale sur ce problème et la sensibilisation du monde politique vis-à-vis du sujet (entre autres, le président B. Obama a dû changer son programme, en reconsidérant son intention initiale d'être présent à Copenhague le quatrième jour du sommet, lors de son passage à Oslo, où il devait décerner le Prix Nobel pour la paix, en participant à cette réunion lors de son avant-dernier jour, fait qu'il y a eu une contribution majeure à l'issue des négociations), la *Déclaration des peuples* a eu un impact spécial sur les

---

<sup>23</sup> À cet égard, est significatif le « Procès de l'humanité » tenu entre le 18 et 20 mai 2011, à Stockholm (Suède), avec la participation de 18 lauréats du Prix Nobel dans divers domaines, de scientifiques et de représentants de divers organisations non-gouvernementales. La Haute Instance moralo-scientifique a dénoncé les dangers qui menacent l'environnement planétaire. Sur ce problème, v. aussi : M. M. MBENGUE, « The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). A singular model of expertise at the international level », in Y. KEBRAT and S. MALJEAN-DUBOIS, *The transformation of international environmental law*, Oxford-Paris, éd. Pedone & Hart, 2011, pp. 97-116.

<sup>24</sup> M. IOVANE, « La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement », in *Revue Générale de Droit International Public*, n° 3, juillet-septembre 2008, pp. 465-519.

<sup>25</sup> Selon l'al. 6 de l'art. 7 de la Convention-cadre sur les changements climatiques, 345 ONG ont été admises en qualité d'observateur auprès de la conférence. Opposé au sommet, le Forum a permis aux représentants de la société civile et aux populations directement affectées par les conséquences des changements climatiques, d'échanger des points de vue et de faire mieux comprendre leurs doléances sur l'avenir climatique de la planète. Le Klimaforum a réuni plus de 50 000 personnes et ONG, en déroulant plus de 200 conférences et débats et en organisant 70 expositions et ateliers. Il a permis aux participants de contribuer à l'élaboration de la « Déclaration des peuples », signée par 363 ONG et présentée à la Conférence le 14 décembre 2009.

participants, en offrant un point de vue marqué par l'appel aux véritables solutions à la crise climatique, basée sur l'utilisation sécurisante, propre, régénérable et durable des ressources naturelles, ainsi qu'une transition vers une *souveraineté alimentaire et énergétique*, foncière et hydrique<sup>26</sup>. Toutefois, elle a soutenu la nécessité que COP15 arrive à la conclusion d'un document à valeur juridique (traité international) dont l'objet soit le rétablissement de l'équilibre environnemental, social et économique de la planète par des moyens durables et équitables du point de vue écologique et social.

À côté des travaux du forum proprement-dit de la Conférence, les ONG ont formulé et publié de nombreuses propositions afin de contribuer à la clarification des problèmes qui faisaient l'objet des négociations, dans le but de définir les conditions d'un nouvel accord international efficace et équitable ou d'exprimer des orientations qui pouvaient être prises en compte par un pareil document<sup>27</sup>.

Dans le même contexte, un facteur de plus en plus important dans la configuration des stratégies et des réglementations juridiques au regard des changements climatiques est représenté par les régions et les collectivités locales qui, en bénéficiant de l'autonomie constitutionnellement conférée, et sous l'impulsion directe des citoyens, promeut des points de vue propres, eco-responsables, différents, sous certains aspects, de celles des États. C'est le cas, par exemple, du *Climate Group* qui, dans le cadre du COP15 de Copenhague, a été présidé par le gouverneur de Californie, A. Schwarzenegger, et qui a réuni les représentants de plusieurs régions et même de certains États fédérés américains, qui ont décidé d'adopter des positions exemplaires en ce qui concerne la réduction des émissions de GES, allant jusqu'à reprendre, dans leurs plans d'action, les objectifs du Protocole de Kyoto.

Enfin, à côté de cette réaction organisée et substantielle des représentants de la société civile, on a enregistré à Copenhague la présence des médias, sans précédent pour ce type de conférences internationales, qui

---

<sup>26</sup> La Déclaration propose, en principal : a) l'abandon complet des combustibles fossiles dans les 30 ans, à objectifs chiffrés et obligatoires sur les 5 ans à venir (respectivement une réduction des GES de la partie des pays industrialisés d'au moins 40% jusqu'en 2020, par rapport aux niveaux de 1990) ; b) la reconnaissance, le payement et la compensation de la dette climatique et de ses effets néfastes sur tous les groupes et les populations visés ; c) le rejet de fausses solutions techniques et de celles basées sur le marché, qui représentent un danger, telle la solution de l'énergie nucléaire, des agro-carburants, de la captation et du stockage du carbone, des mécanismes du développement propre, du « carbone vert », des semences « génétiquement adaptées » au climat, de la géo-ingénierie et du mécanisme de REDD (Réduction des émissions résultant de la déforestation et de la dégradation forestière) qui aggravent les conflits sociaux et environnementaux. Pour le texte de la Déclaration, v. <http://09.klimaforum.org>.

<sup>27</sup> Par ex., UICN a réalisé et présenté en octobre 2009 le document *Les étapes clés d'un accord équitable*, University of South Wales – Climate Change Research Center, *The Copenhagen – Diagnosis: Updating the World on the Latest Climate Science*, nov. 2009, etc.

a contribué, elle aussi, de manière spécifique, à la dissémination des informations relatives à la crise écoclimatique globale, au mode d'approche des voies de sa résolution par les facteurs politiques et la responsabilisation, en conséquence, de l'ensemble des sociétés – nationales et internationales.

#### *10. Une gouvernance écoclimatique mondiale*

Si le développement du droit international de l'environnement a connu une impulsion importante, par les trois sommets écologiques organisés jusqu'à présent (Stockholm, 1972 ; Rio de Janeiro, 1992 ; Johannesburg, 2002), la gestion de la problématique des changements climatiques et des risques planétaires afférents a imposé l'établissement d'une « gouvernance » internationale spécifique. La convention-cadre sur les changements climatiques (1992), dont, pratiquement, tous les États du monde sont parties, a introduit, par la Conférence des Parties (COP), un mécanisme spécial et un processus continu de négociations, afin d'atteindre les objectifs proposés et les adapter de manière permanente au dynamisme des données scientifiques-techniques. La gravité de la situation et l'ampleur et la complexité de la problématique ont fait que, pour la première fois, une conférence des parties à une convention internationale se transforme en sommet (COP15 UNFCCC, Copenhague, décembre 2009, ou ont participé 125 chefs d'État et de gouvernement)<sup>28</sup>. Dans le même contexte, en règle générale, l'adoption de solutions plus importantes suppose une implication politico-diplomatique de haut niveau. Plus que dans tout autre domaine, les problèmes sont pris en considération et les réglementations juridiques sont débattues, inspirées et suggérées en tenant compte des « blocs » économique-stratégiques (Union européenne, États-Unis, BRIC), dans diverses formules institutionnelles : G8, G14, G20, mais aussi dans le Forum de Davos, le Club de Rome, etc.

#### *11. Une nouvelle dimension de la Sécurité globale*

Les implications et les effets des changements climatiques sur la société sont considérables et de plus en plus pris en compte, comme une nouvelle dimension de la sécurité mondiale, partie composante de la sécurité écoplanétaire en plein processus de cristallisation.

Les raisons pour lesquelles les aspects écoclimatiques sont devenus une nouvelle donnée stratégique majeure des relations internationales, sont diverses, mais leurs fondements restent au moins de trois ordres.

---

<sup>28</sup> Pour une présentation générale de COP15-UNFCCC, v. A. PANOSIAN, Cht. COLETTE, « À propos de la 15<sup>e</sup> Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques et de l'Accord de Copenhague », *Revue Générale de Droit International Public*, janvier-mars 2010, n° 1, pp. 129-146.

Le premier s'exprime dans le fait que le nouveau paradigme met en discussion de manière radicale le modèle de production (fondé essentiellement sur l'énergie à base d'hydrocarbures) conjugué avec le modèle de développement économique productiviste (rapace avec les ressources environnementales).

Il est suivi par l'affirmation d'une nouvelle contradiction Nord - Sud et par l'impératif d'un dialogue approprié sur ce thème, permanent et complexe (qui a connu une illustration éloquent dans les négociations ante et post Copenhague).

Enfin, mais de manière égale, il consiste en l'imposition d'une dimension éthique de plus en plus importante de la problématique en cause ; en affectant de manière décisive le droit à la survie de chaque homme et de l'humanité en tant qu'espèce entre les espèces, les changements climatiques ont des implications sur les droits essentiels de l'homme. Dans cette perspective, au-delà du droit à l'égalité de la survivance terrestre, sont affirmées les règles de la pleine égalité naturelle, de la non-discrimination ou du traitement égal et de la responsabilité de la survie sur notre planète.

En effet, dans la situation où les quantités d'émissions de GES *per capita* connaissent un écart extraordinaire, une résolution des responsabilités assumées sur la base du critère de l'équité du nombre d'habitants, comme personne prise pour unité d'expression des besoins et de partage des responsabilités, apparaît comme bienvenue.

Risques de conflit liés à des atteintes aux conditions de subsistance, voir d'existence, des populations, réfugiés climatiques, menace de la disparition des petits États insulaires, aggravation des tensions liées aux mutations géo-écologiques annoncées, ce sont des nouvelles dimensions de la sécurité qui apparaissent, au départ, non militaires, mais pouvant, à terme, déboucher sur le recours aux armes, en fonction soit de troubles internes, soit de rivalités étatiques pour l'accès à certaines ressources, ou pour le transit à travers certains espaces. C'est désormais, au-delà des phénomènes mettant en cause le confort ou le style de vie des sociétés, la paix et la sécurité internationale qui sont convoquées, avec les demandes d'intervention correspondantes du Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>29</sup>.

Au niveau de l'ONU, par la résolution du 3 juin 2009, *Les changements climatiques et leurs répercussions éventuelles sur la sécurité*, on a établi une relation entre la sécurité internationale et le problème écoclimatique, en invitant, en conséquence, les organes de l'ONU à doubler leurs efforts, selon leurs compétences, pour s'intéresser et faire face aux changements

---

<sup>29</sup> S. SUR, *Un monde en miettes. Les relations internationales à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, La documentation Française, 2010, p. 87.

climatiques, spécialement aux répercussions éventuelles sur la sécurité<sup>30</sup>. Toutefois, la possible acceptation d'une pareille responsabilité par le système ONU entraîne des discussions sur la naissance d'une nouvelle forme d'ingérences, celle environnementale, selon le modèle de l'« ingérence humanitaire », affirmée au début des années 1990. Plus exactement, on a soulevé le problème de savoir si les graves atteintes portées à l'environnement, à répercussions transnationales pouvaient justifier, par exemple, l'envoi de forces de stabilisation sur la base d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU<sup>31</sup>. En l'absence d'une démocratisation réelle et de l'expérience des dernières décennies, plusieurs pays ont manifesté des réticences, en soulevant des objections relatives à une pareille possibilité. Une étape importante a été constituée par la Déclaration du Conseil de Sécurité de l'ONU du 20 juillet 2011, par laquelle elle a exprimé « son inquiétude sur les conséquences que pourrait avoir le changement climatique dans l'aggravation de certaines menaces qui pèsent sur la paix et la sécurité ». Le nouveau concept stratégique de l'OTAN, élaboré en 2010, place le fait de « négliger la protection de l'environnement » parmi les nouvelles vulnérabilités et les changements climatiques parmi les menaces qui présentent un degré de risque élevé<sup>32</sup>. Au niveau national, spécialement au niveau des grands pouvoirs, les changements sont traités et perçus comme une mise stratégique surtout ces dernières années. L'intérêt pour le sujet n'est pourtant pas nouveau, en se situant dans le prolongement des significations du concept de « sécurité environnementale », forgé dans les années 1990, dans le contexte de l'élargissement avec quatre autres domaines – politique,

---

<sup>30</sup> Nations Unies, Assemblée générale, *Les changements climatiques et leurs répercussions éventuelles sur la sécurité*, A/RES/63/281, 3 juin 2009.

<sup>31</sup> L'adoption de cette résolution a suivi le débat public organisé par le Conseil de sécurité de l'ONU le 17 avril 2007 ayant pour sujet « L'énergie, la sécurité et le climat » et confirme ainsi l'idée que les variations climatiques représentent un risque pour la sécurité internationale ; Nations Unies, Conseil de sécurité, CS/9000, 17 avril 2007. Il convient de mentionner que le Groupe des 77, le mouvement des pays non-alignés et le groupe des pays africains se sont prononcés contre cette initiative, en craignant l'« ingérence environnementale ».

<sup>32</sup> Adopté en novembre 2010, à Lisbonne, le nouveau *Concept stratégique pour la défense et la sécurité des membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord* prend en considération l'adaptation de l'Alliance aux « contraintes majeures en termes d'environnement et de ressources, dont les risques sanitaires, le changement climatique, la raréfaction de l'eau et l'augmentation des besoins énergétiques » (art. 15). Le concept a pour fondement les conclusions du Groupe d'experts présidé par l'ex-secrétaire d'État américain M. Albright, publiées le 17 mai 2010. Selon ce document, « Comme alliance, l'OTAN ne s'assume un rôle formel dans la régularisation des émissions de GES, considérées par les experts comme étant la cause du réchauffage global. L'OTAN pourrait, d'autre part, être sollicité à intervenir pour aider à la résolution des problèmes de sécurité causés par les conséquences des changements climatiques, telle la fonte de la calotte glaciaire, les tempêtes catastrophiques ou autres désastres naturels. L'Alliance doit prendre en considération de telles variantes dans la préparation des planifications d'urgence ». *NATO 2020 : Assured Security; Dynamic Engagement, Analysis and Recommendations of the Group of experts on a new strategic concept*, may, 2010.



économie, société, environnement – de la notion de sécurité réservée jusqu'alors à la zone militaire. Graduellement mais de manière certaine, la problématique afférente à la sécurité nationale est devenue « environnementale », les États devant et acceptant d'inclure dans la problématique afférente des aspects de plus en plus large sur l'environnement et ses composantes<sup>33</sup>.

Un moment important a été constitué dans ce sens par l'inscription pour la première fois sur la liste des dangers qui menacent la sécurité des États-Unis, réalisée tous les quatre ans par le Pentagone et publiée le 1<sup>er</sup> février 2010, des changements climatiques, identifiés ainsi comme une menace potentielle, à côté du terrorisme nucléaire, des pandémies et des attaques biologiques<sup>34</sup>.

*United States National Security Strategy* inclut, depuis le 27 mai 2010, parmi les provocations globales clés, à côté de l'extrémisme violent, la prolifération des armes nucléaires et la promotion de la prospérité globale, qui exigent une large coopération globale et le changement du climat<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Par exemple, la Tunisie, en 1998, pour de pareilles raisons, a inscrit la problématique de la désertification dans sa doctrine de sécurité nationale. Aussi, dans le même contexte, le Brésil a considéré que les déforestations non-contrôlées sur les terrains, propriété de l'État représentent une atteinte à sa souveraineté nationale. *In extenso* : R. LALANE, « Quand la sécurité devient verte », *Revue Défense Nationale*, n° 727, févr. 2010.

<sup>34</sup> Les problèmes écoclimatiques sont devenus une question stratégique américaine après 30 ans de préoccupations et d'évolutions dans le domaine. Le début a été constitué par l'ouverture, en 1979, d'un programme de réflexion sur le climat « comme facteur aggravant des risques sécuritaires ». La première guerre du Golfe (1990) a joué un rôle important dans l'augmentation de cet intérêt par la mobilisation de l'opinion publique dans le débat du problème de l'impact de la pollution sur le système climatique ; l'incendie de puits de pétrole koweïtiens et la formation, comme suite à ces actions, de vastes masses de nuages noirs ont été considérées comme « crimes écologiques ». L'administration Bill Clinton (1992-2000), avec son vice-président Al Gore, a accéléré l'implication officielle américaine en matière écoclimatique ; on a ainsi tracé aux services d'informations également une mission environnementale, et la CIA s'est dotée d'une agence préoccupée des problèmes « écologiques ». En 2003, le Pentagone s'est impliqué dans le problème des scénarios à long terme (jusqu'en 2100) des évolutions du climat, à sa demande un *think tank* californien influent, Global Business Network en élaborant et en publiant un rapport qui prévoit une perspective contraire à celle publiée par l'IPCC, par un scénario de refroidissement du climat global, spécialement dans l'hémisphère Nord de la planète, à cause de la perturbation des courants océaniques. Peut-être sans aucune allusion stratégique, parmi les zones les plus affectées, selon le document, se trouve l'Europe (qui, confrontée au froid sibérien entrerait dans une crise profonde qui conduirait, entre autres, à l'effondrement de l'UE) et la Chine (qui, pour satisfaire ses besoins vitaux serait prête à envahir la Russie).

<sup>35</sup> Dans ce sens, comme objectifs internes énumérés sont retenus : la stimulation de l'économie de l'énergie, la revigoration de l'industrie nucléaire, les investissements dans les énergies régénérables et la stimulation de la transformation de l'« énergie propre » en énergie équitable, mesures qui doivent avoir pour effet la diminution de 17% jusqu'en 2020 et à plus de 80% en 2050 des émissions de GES. Sur le plan externe, au niveau régional sont préconisés de nouveaux partenariats d'« énergie propre » en Asie, Amérique et Afrique ; au niveau global, on prend en considération des priorités telle que l'implémentation de l'Accord de Copenhague, la structuration d'un effort international efficient par lequel les États importants du point de vue économique

À son tour, sa principale rivale au plan géostratégique, la Chine, a réagit dans le domaine, surtout depuis 2009 ; alors, les autorités de Beijing ont demandé officiellement à l'Université nationale de défense de se préoccuper, par la réalisation des travaux appropriés, de la problématique écoclimatique et ont institué dans le cadre des forces armées un comité d'experts chargé d'étudier les conséquences du réchauffement central sur leurs missions<sup>36</sup>.

Plus ou moins sous la baguette de l'OTAN, d'autres États membres, comme la France – en retenant les recherches effectuées dans le domaine par la Délégation pour les affaires stratégiques –, la Grande Bretagne, l'Allemagne ou la Belgique accordent une priorité aux recherches sur l'impact des changements climatiques sur la sécurité nationale, avec les tierces connexions qui s'imposent. Sur le plan régional, l'approche de la problématique devient la plus appropriée ; l'Afrique, par exemple, supporte les changements climatiques et leurs effets en termes de sécheresse (les zones septentrionales et australe) et d'inondations (Afrique australe) ; la biodiversité est un élément de la résistance des écosystèmes à la variabilité du climat<sup>37</sup>.

On ne peut ignorer, dans ce contexte, la dimension sous-nationale de la problématique, dans le sens de la perception spécifique de la menace écoclimatique sur le plan local et zonal et de l'organisation d'une réaction appropriée et dimensionnée sur ce palier. C'est, par exemple, le cas de la Californie et des autres 166 grandes villes américaines qui ont élaboré et implémenté des mesures propres de réduction des émissions de GES et de combat des effets des changements climatiques.

## 12. Une diplomatie spécialisée

L'élaboration, l'adoption et la réalisation des normes du droit des changements éco-climatiques exige une approche complexe en termes d'identification, de conceptualisation, d'analyses et de négociations, développement en étapes, de natures différentes, mais interdépendantes<sup>38</sup>.

---

s'assument des objectifs ambitieux de réduction des émissions de GES, le financement de l'effort des pays en cours de développement à cette fin et la promotion du principe des réactions communes mais différenciées et rapportées aux capacités de chacun et la responsabilité de chaque pays dans ce problème planétaire.

<sup>36</sup> D'autres stratégies nationales nouvelles ont introduit les changements climatiques dans leur problématique, comme, par exemple, *Le Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale* (17 juin 2008), *A Strong Britain in an Age of Uncertainty* (2010), *Estrategia Española de Seguridad* (2011).

<sup>37</sup> P. HUGON, *Géopolitique de l'Afrique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, éd. Armand Colin, 2010, p. 184.

<sup>38</sup> Pour l'historique des négociations internationales regardant les changements climatiques, v. S. MALJEAN-DUBOIS, M. WEMAIRE, *La diplomatie climatique. Les enjeux d'un régime international du climat*, Paris, éd. Pedone, 2010.

Nous constatons, premièrement, une identification des problèmes avec des conclusions scientifiques, exprimés par des objectifs à atteindre, suivis par des négociations et leur transposition en engagements internationaux, leur prise en compte du point de vue politique et l'organisation d'actions de mise en œuvre au niveau des États et au plan local. Alors, après la série de conférences scientifiques internationales importantes tenues depuis la fin des années 1970, au diagnostic convergent matérialisé par un ensemble de rapports, la question du changement du climat est devenue l'objet de préoccupation politique, de négociations diplomatiques et de l'organisation internationale de l'action.

L'expérience de la négociation de la conclusion de l'UNFCCC (1992) et du Protocole de Kyoto (1997), ainsi que les étapes suivantes (Copenhague, 2009 ; Cancun 2010) a contribué au développement des pratiques et à la particularisation de l'éco-diplomatie dans le cadre de la démocratie traditionnelle. Les Sommets consacrés à ces questions, les Conférences des Parties et aussi les documents adoptés (protocoles, déclarations, programmes etc..) à ces occasions expriment non seulement le progrès scientifique enregistré, mais aussi les nouveaux rapports de forces politico-économiques de la vie internationale<sup>39</sup>.

C'est une diplomatie active à caractère permanent qui s'appuie massivement sur les données de la science et sur l'expertise des spécialistes. Elle suppose de manière paradoxale, dans le même temps une spécialisation des négociations et une participation des plus larges des « tiers intervenants », en tête avec les représentants de la société civile. Les États réellement intéressés par la problématique ont nommé et utilisent des ambassadeurs et diplomates spécialisés dans le domaine. L'Union européenne a créé un commissaire pour les changements climatiques (à côté de celui de l'environnement, préexistant). Toutefois, tout le processus de négociations bénéficie de la présence active des représentants des organisations non-gouvernementales – nationales et internationales – qui agissent comme véritables mandataires de l'opinion publique.

### *13. L'impulsion du processus de planétarisation du droit de l'environnement*

Au moins trois raisons président en pratique à ce mouvement : la participation de tous les États à l'adoption et à l'application de ces normes, la nature planétaire de la problématique et de l'universalité des destinataires

---

<sup>39</sup> E. AVICE, « De Copenhague à Cancun : la diplomatie de l'environnement », in *Enjeux diplomatiques et stratégiques*, Centre d'Études Diplomatiques et Stratégiques, Paris, Economica, 2011, pp. 27-33.

représentants de toutes les nations et peuples du monde, mais aussi de leur environnement d'existence. Le droit des changements écoclimatiques représente le premier « droit » véritablement mondial et contribue, ainsi, de manière majeure, à l'émergence d'un droit de l'écosphère.

Il est d'abord un droit international – conçu de manière classique comme le droit des relations interétatiques ou, d'une manière moderne, comme le droit de la société internationale – à formules structurales au niveau de bloc économique (le cas de l'UE) ou à celui de groupes des pays à économies émergentes ou des petits États insulaires (OSIS)<sup>40</sup>. Il ne s'agit donc pas d'un simple droit uniforme, qui suppose, au moins dans les matières déterminantes, les mêmes solutions dans tous les ordres juridiques nationaux, créé surtout par voie des conventions internationales ayant cet objet, comme il est arrivé avec les lettres de change et les chèques, la vente de marchandises ou la résolution des conflits de lois ou sous l'influence de la circulation rapide, globale des idées, des pratiques et des réglementations juridiques.

Au centre de ce phénomène se trouve la mondialisation des concepts juridico-environnementaux imposée, d'une part, par le caractère universel de la matière, qui ne connaît pas de frontières, à laquelle s'ajoute, d'autre part, le même caractère des sciences dites dures qui, souvent, déterminent les caractéristiques fondamentales de l'environnement dans sa dimension planétaire et universelle<sup>41</sup>.

Certes, la mondialisation des concepts suppose, d'une certaine manière, une harmonisation préalable, processus qui implique le dépassement, premièrement, des différences spécifiques aux principaux systèmes de droit structurés par la culture romano-germanique et la *common law*, mais aussi des résistances venues des traditions culturelles-historiques nationales. Même la situation géographique et la différenciation du degré de vulnérabilité aux effets de *global warming*, ainsi que sa capacité à répondre et à adhérer influencent le contenu et surtout le mode d'application des normes juridiques respectives. Un autre élément caractéristique est constitué par les conditions de la « traduction » juridique de certaines notions issues des sciences dures qui présente, au-delà de l'avantage de l'uniformité et de la globalisation, deux grands inconvénients. Premièrement, il s'agit des difficultés d'une expression juridique des plus fidèles des données et des concepts scientifiques écoclimatiques, suivie de l'effort nécessaire d'intégration de nouvelles figures juridico-environnementales ainsi résultés dans l'ensemble des sciences sociales, dont le droit fait (encore) partie.

---

<sup>40</sup> Aujourd'hui, sont parties à l'UNFCCC, 193 États et, au Protocole de Kyoto, 191 pays.

<sup>41</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Avant-propos au vol. Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Paris, IRJS Editions, 2010, p. XVII.

Enfin, la nature globale du nouveau droit fait ainsi que sa « régionalisation » est seulement déterminée par le processus d'application, et contribue dès lors de manière peu caractérisée à sa création et à sa formalisation.

*14. Le cercle qui se ferme ; du prédroit au droit de l'individu, celui de l'espèce et le droit de l'écosphère*

Le droit eco-climatique représente le vecteur d'affirmation du nouveau droit de l'écosphère, ou contribuent d'autres secteurs, visant des problèmes écologiques globaux, tels que les réglementations juridiques relatives à la couche d'ozone ou l'état de la biodiversité. Il reste, à cet égard, le secteur le plus dynamique et le plus révolutionnaire.

Dans la perspective d'une telle révolution écojuridique majeure s'imposerait également, peut-être, de repenser les sources et la nature du droit. Ainsi, en ce qui concerne la cause primordiale, les sources primaires de sa naissance, aux trois réponses offertes jusqu'à présent (« vient du ciel », « nous est révélée par les poètes et les sages », « est l'œuvre du temps », des époques)<sup>42</sup>, il convient d'ajouter une quatrième, plus importante : celle du *besoin d'adaptation* à l'environnement. En effet, parmi les premières normes de comportement humain, nommées à tort, se sont trouvées aussi celles visant le règlement des rapports avec la nature, par lesquelles l'homme satisfaisait ses besoins essentiels d'existence, de l'air à la nourriture et au logement. Seulement après son « invention » par les Romains et après un développement et une diversification extraordinaire, le droit est devenu le symbole, la matrice de la société organisée selon le dicton *ubi ius, ibi societas*. Dans ce sens, jusqu'aux 7<sup>e</sup>-8<sup>e</sup> décennies du siècle passé, le juridique est resté un phénomène exclusivement social, mais avec l'inauguration de « l'ère écologique », on assiste, d'une part, à l'« écologisation » de ses branches traditionnelles (du droit constitutionnel, au droit civil et au droit pénal) et, d'autre part, à l'apparition et à l'affirmation du droit de l'environnement (années 1970), qui étend sa sphère d'application aux relations de l'homme (de la société) avec la nature environnementale, son cadre d'existence.

Bien sûr, le droit reste encore un produit culturel et un instrument de nature sociale, mais dans le contexte de la problématique écoclimatique, il acquiert de nouveaux rôles et significations, au-delà de sa matrice classique. Même si on ne peut pas abandonner totalement la vision anthropocentriste pour une autre en termes cosmocentriques, le droit de l'environnement devient « le droit de l'homme situé dans la nature, dans son milieu

---

<sup>42</sup> J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 11.

d'existence », avec les autres espèces, dans un écosystème. La norme juridique tend à réglementer, outre les relations sociales et étroites avec eux, les relations entre les êtres humains en rapport avec les autres espèces, qui sont responsables du maintien de l'équilibre nécessaire à toute vie. Dans cette perspective, on devrait évaluer aussi le problème de la « personnalité juridique » et de la représentation légale des éléments naturels non-humains, dans le sens d'une fiction juridique, de leur délégation vers une autre fiction juridique généralement reconnue, « la personne morale », constituée par les hommes pour promouvoir et défendre l'intérêt général de protection de l'environnement et de conservation de l'écosystème. Le droit des entités naturelles non-sociétaires représentent des obligations pour l'homme en tant que sujet de droit. Par ailleurs, parmi de nombreuses législations nationales, au droit à un environnement sain et écologiquement équilibré correspondent les obligations de toutes les personnes physiques et morales de protéger l'environnement.

Dans une autre perspective, si en 1976 (*La volonté de savoir*, Gallimard), M. Foucault observait l'affirmation d'une société où le juridique cède de moins en moins de pouvoir et intervient dans son fonctionnement surtout en termes de normativisation et de contrôle social, nous pouvons constater aujourd'hui l'émergence d'un droit répondant aux préoccupations environnementales planétaires, un état d'« écojuridique ». Il s'agit bien d'un État où le droit réglemente de plus en plus les mécanismes de l'ensemble naturel dont le social fait partie intégrante. Sans abandonner son rôle classique, celui d'ordonner et de conférer de la stabilité et de la sécurité aux rapports entre les individus, le système juridique déplace graduellement, bien que trop lentement peut-être, les priorités de son action pour assurer l'équilibre écologique, comme problème de survie de l'espèce. Et cela, en payant un prix exorbitant : en repensant, en repositionnant, même en abandonnant certains concepts traditionnels, fait qui conduit à l'apparition d'un nouveau droit. Comme droit de l'espèce et d'une perspective plus éloignée, mais implacable, comme droit de l'écosphère, il subordonne progressivement les autres branches du droit, ayant des chances réelles de devenir, ainsi, dans un avenir proche, l'hypostase même d'existence du phénomène juridique. Ainsi, le cercle ouvert avec le pré-droit et arrivé au droit total, celui qui gouverne non seulement les rapports entre les individus, mais aussi ceux entre les espèces et entre celles-ci et la biosphère, c'est-à-dire le droit de l'écosphère semble se fermer.

## LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR LES ATTEINTES À L'ENVIRONNEMENT EN DROIT ROUMAIN

Marilena ULIESCU\*

1. *La responsabilité civile pour le préjudice environnemental* a sans doute un caractère particulier. En principe la responsabilité civile présuppose l'obligation d'une personne donnée à réparer le préjudice causé à une autre personne, la victime de ce préjudice. Cette obligation de réparation comporte donc comme toute obligation juridique une relation entre deux personnes.

Cependant quand il s'agit d'un préjudice causé à l'environnement la victime n'est pas toujours, du point de vue juridique, une personne et par conséquent ne saurait invoquer le droit subjectif de réparation. Il s'agit en l'occurrence d'une spécificité du préjudice environnemental.

La question de la détermination du débiteur de cette obligation spécifique de réparation présente des particularités qui ne relèvent cependant pas de l'absence d'une construction juridique adéquate.

Par ailleurs la faute (la culpabilité) ou l'absence de faute en tant que base de la responsabilité civile a été et continue d'être l'objet des débats avec des arguments contradictoires en fonction de la thèse défendue.

Il convient cependant de se demander si cette controverse est essentielle en matière de préjudice environnemental, étant donné que la responsabilité comporte dans l'un et l'autre cas des avantages et des désavantages tant pour le débiteur que pour le créateur de l'obligation de réparation<sup>1</sup>.

En ce qui nous concerne nous pensons que seulement une responsabilité objective (qui ne tient pas compte de la faute) est à même de faciliter la tâche de la victime d'administrer la preuve de la faute, élément difficile à prouver, voire parfois impossible.

---

\* Professeur, Directeur de recherche de l'Institut d'études juridiques de l'Académie roumaine.

<sup>1</sup> V. M. ULIESCU, *Cours du droit d'environnement*, Bucarest, éd. Economica, 2001, p. 89.

La question centrale de la responsabilité pour le préjudice environnemental consiste dans la relation causale entre l'action (coupable ou non coupable) de l'auteur qui cause le préjudice et le préjudice subi par la victime. C'est l'auteur de cette action qui est en principe responsable<sup>2</sup>.

D'ailleurs, le débat « classique » centré sur la faute consiste à établir si, en matière d'environnement, celle-ci peut être considérée comme l'unique fondement de la responsabilité ou bien la responsabilité objective (sans faute) doit prévaloir surtout lorsqu'on déroule des activités dangereuses sur l'idée de la garantie.

### *2 La responsabilité civile délictuelle selon le droit commun*

*2.1. La responsabilité subjective* est fondée sur la faute de l'auteur de l'action ayant causé le préjudice, faute que la victime doit prouver. Le nouveau Code civil roumain, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2011<sup>3</sup> prévoit dans son article 1357 que « la personne qui, à la suite d'une action illicite commise par sa faute, cause un préjudice à une autre personne est obligée à le réparer ». Le deuxième alinéa du même article précise que l'auteur du préjudice répond pour la moindre faute.

Cette précision signifie que la responsabilité pour l'action commise est fondée non seulement sur l'intention mais également sur l'imprudence ou la négligence de l'auteur. Par conséquent, selon la loi, la victime doit apporter la preuve de la faute de l'auteur, ainsi que celle de la réalité du préjudice et de la relation causale entre l'action fautive et le préjudice. En ce qui concerne le caractère illicite de l'action, l'ancien code civil ne le mentionnait pas se limitant à parler seulement de la faute (art. 998)<sup>4</sup>. Le nouveau Code civil mentionne par contre, l'action illicite parmi les conditions de la responsabilité (art. 1357).

S'appuyant sur la tradition juridique, la doctrine considère encore au XIX<sup>e</sup> siècle que la responsabilité délictuelle implique une action interdite par la loi qui constitue une atteinte du droit d'une autre personne<sup>5</sup>, en ajoutant que l'existence de la faute présume le caractère illicite de l'action.

---

<sup>2</sup> La solution adoptée par le droit polonais, allemand et Suisse – la relation causale entre l'action qui cause le préjudice et le dommage subi – détermine la personne responsable.

<sup>3</sup> Le nouveau Code civil adopté par la Loi nr. 287/2009, est entré en vigueur avec la Loi n° 71/2011 – qui prévoit sa mise en application à la date de 1<sup>er</sup> octobre 2011. À partir de cette même date le Code civil de 1864 entré en vigueur en 1865 a été abrogé.

<sup>4</sup> Le nouveau Code civil adopté par la Loi nr. 287/2009 et modifié par la Loi d'application nr. 71/2011, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2011 et les dispositions correspondantes se trouvent au chap. IV, art. 1348-1373.

<sup>5</sup> D. ALEXANDRESCU, *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. V, Iași, 1898, pp. 468-469.



Précisons que dans la littérature juridique française de nombreux auteurs en définissant ou en analysant la faute procèdent à une espèce d'osmose entre celle-ci et la notion d'action illicite<sup>6</sup>.

L'application de cette catégorie de responsabilité à la réparation du préjudice environnemental, situation où la victime doit prouver la faute de l'auteur de l'action, se heurte à des obstacles pratiquement insurmontables.

Des investigations exigeant des connaissances techniques et scientifiques particulières, la collaboration du pollueur ou au moins sa bonne volonté constituent autant d'empêchements à la réalisation du droit de réparation de la victime. De plus, étant donné que lorsqu'il s'agit de pollution, celle-ci peut provenir de plusieurs sources, la victime devrait identifier et prouver la faute de chaque auteur, ce qui est extrêmement difficile sinon impossible.

### *2.2. La responsabilité civile objective fondée sur la Loi*

Dans le droit roumain cette responsabilité a été instituée par la Loi n° 61/1974 concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par des activités nucléaires. Cette loi concernait bien entendu les préjudices causés à l'environnement.

Un autre exemple de responsabilité objective serait celle de l'exploitant d'un aéronef pour les dommages causés aux personnes et aux biens qui ne se trouvent pas à bord lors du décollage ou de l'atterrissage<sup>7</sup>.

Il faut cependant faire remarquer que cette disposition ne concerne pas les atteintes à l'environnement.

La doctrine a mis donc en évidence la théorie de la responsabilité objective pour les atteintes à l'environnement en se basant sur l'idée de risque et sur le fait que toute personne physique ou morale qui déroule une activité, laquelle peut causer des préjudices, a l'obligation de les réparer sans que l'on tienne compte de l'existence de la faute.

Cependant, en matière de responsabilité civile, pour mieux protéger la victime (l'environnement), la question de la causalité demeure essentielle.

En effet, en matière de préjudice environnemental la suppression de la condition de causalité ou l'introduction d'une présomption irréfragable de causalité serait peut-être utile mais signifierait en fait une sortie du domaine de la responsabilité juridique.

---

<sup>6</sup> G. MARTY et P. RAYMOND, *Droit civil*, vol. II, Paris, Sirey, p. 397.

<sup>7</sup> La responsabilité sans faute consacrée dans le Code aérien de 1982, art. 9.

### *3. La responsabilité juridique dans la Loi cadre de protection de l'environnement<sup>8</sup>*

La Loi cadre en question a comme objet la réglementation intégrale et unitaire de la protection de l'environnement, objectif d'intérêt public majeur, sur la base des principes et des éléments stratégiques qui conduisent au développement durable de la société. En assurant un cadre légal de protection intégrale de l'environnement, cette Loi institue des droits et des obligations pour tous les utilisateurs de celui-ci et établit les mesures nécessaires pour sa protection, ainsi que les sanctions en cas de violation des règles.

La responsabilité juridique, civile, administrative ou contraventionnelle prévue par cette loi a un caractère spécial en raison du domaine auquel elle se réfère.

La responsabilité civile pour les préjudices causés à l'environnement est fondée, en premier lieu sur la Constitution de la Roumanie ; l'article 35 de la Constitution prévoit le droit à un environnement sain et équilibré du point de vue écologique et l'obligation de l'État d'établir le cadre législatif pour l'exercice de ce droit.

Ainsi consacré, ce droit est, à notre avis, accompagné de l'obligation contenue dans l'alinéa 3 du même article, de toute personne physique ou morale de protéger et d'améliorer l'environnement.

On retrouve la même obligation dans l'article 6 de la Loi cadre pour la protection de l'environnement qui prévoit que « la protection de l'environnement constitue une obligation et une responsabilité des autorités de l'administration publique centrale et locale ainsi que de toute personne physique ou morale ».

Par conséquent toute atteinte à l'environnement constitue en fait une violation de l'obligation de le protéger et de l'améliorer.

Cette disposition ne constitue nullement une dérogation du principe général consacré dans le Code civil selon lequel toute personne qui cause un préjudice est obligée de le réparer.

Précisons toutefois que ce qui fait la spécificité de la responsabilité pour le préjudice environnemental, ainsi que nous le verrons plus loin, consiste dans la détermination des notions d'environnement, du préjudice « environnemental », des conditions de responsabilité, de la modalité de réparation du préjudice, tant du point de vue de l'auteur que de la victime qui a droit à réparation.

L'article 95 de l'OUG n° 195/2005 régit la responsabilité pour le préjudice causé à l'environnement en précisant que la responsabilité a *un*

---

<sup>8</sup> OUG nr. 195/2005 approuvée par la Loi nr. 265/2006 concernant la protection de l'environnement.

*caractère objectif indépendant de la faute* et que dans le cas de la pluralité d'auteurs *la responsabilité est solidaire*.

Le principe de la responsabilité objective ainsi énoncé n'est pas une nouveauté puisque d'une part la Loi n° 137/1995 pour la protection de l'environnement, abrogée par l'OUG 195/2005 le consacrait déjà et que même avant cette consécration législative la pratique judiciaire en tenait compte car, en matière de pollution, selon les dispositions du Code civil la victime pouvait choisir d'invoquer soit l'alinéa 1 de l'article 1000 (responsabilité objective) soit l'article 998-9999 de ce code qui prévoyait la responsabilité pour faute.

La consécration de cette règle est importante car, en tenant compte de la particularité du dommage environnemental, elle institue une responsabilité qui interdit à l'auteur du préjudice d'invoquer l'absence de faute ou de se prévaloir d'une autorisation administrative pour essayer de se faire exonérer.

Dans ces conditions la victime ne sera pas obligée de prouver la faute de la personne responsable du préjudice en vue de demander réparation. Le principe de la responsabilité objective est, par ailleurs, la seule possibilité d'appliquer le principe du « pollueur payeur », la responsabilité étant engagée en raison du risque que présente l'activité déroulée.

Il reste à la victime de prouver qu'elle a subi un préjudice ce qui est souvent, en la matière, une tâche extrêmement difficile<sup>9</sup>.

Le premier alinéa de l'article 95 de la Loi que nous examinons, précise que dans le cas où il y a pluralité d'auteurs, la responsabilité est solidaire. Cette solidarité légale est, à notre sens, indispensable, étant donné que le plus souvent le préjudice demeure diffus, la pollution est due à des actions successives et ses sources sont multiples. La victime devrait démontrer « la contribution » de chaque débiteur, ce qui présuppose des connaissances particulières et des moyens techniques qui dépassent ses possibilités.

Le propos de faciliter la position de la victime résulte, au reste, du caractère même de l'institution de la solidarité civile, à savoir la possibilité du créateur (la victime) d'obtenir réparation intégrale de chacun des débiteurs (ceux qui sont responsables) sans être obligé de poursuivre tous les codébiteurs (coauteurs).

En ce qui concerne la réparation du préjudice, le 3<sup>e</sup> alinéa du même article 95 précise que « la prévention et la réparation du préjudice causé à l'environnement a lieu conformément aux dispositions de la présente loi et d'autres dispositions particulières ». Dans le même sens, dans la 3<sup>e</sup> section concernant les droits et les obligations des personnes physiques et morales, l'article 94 de la Loi mentionne que celles-ci « doivent supporter le coût de la réparation du préjudice et de ses retombées et rétablir les conditions

---

<sup>9</sup> V. ci-dessus.

antérieures à sa production en conformité avec le principe « de pollueur payeur ». Cette précision concerne, bien entendu, les personnes physiques et morales dont la responsabilité a été établie et qui doivent réparer intégralement le préjudice et rétablir la situation antérieure (donc la reconstitution de l'environnement si cela est possible).

*3.1. Le préjudice causé à l'environnement consiste, conformément à la définition donnée par le point 52 de l'article 2 de la Loi cadre pour la protection de l'environnement, en « un changement adverse quantifiable d'une ressource naturelle ou une détérioration quantifiable des fonctions remplies par une ressource naturelle au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public et qui peut survenir de manière directe ou indirecte ».*

Pour déchiffrer cette charade, faisons appel au point 60 du même article 2 qui définit les ressources naturelles comme « la totalité des éléments naturels de l'environnement qui peuvent être utilisés dans l'activité humaine : ressources non régénérables (minérales et combustibles fossiles) ou régénérables (eau, air, flore, faune sauvage, y compris l'énergie solaire, éolienne, géothermique et des marées) ».

Puisqu'il s'agit du préjudice causé à l'environnement nous ne pouvons manquer d'examiner la notion d'environnement définie par la même Loi au même article 2 au point 41. On la définit comme « l'ensemble de conditions et d'éléments naturels de la Terre : l'eau, l'air, le sol, le sous-sol, les aspects caractéristiques du paysage, les strates de l'atmosphère, toutes les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants, les systèmes naturels en interaction entre les éléments énumérés ci-dessus, y compris certaines valeurs matérielles et spirituelles comme la qualité de la vie et les conditions qui peuvent avoir une influence sur le bien-être et la santé de l'homme ».

Si le préjudice, ainsi qu'il a été défini concerne l'environnement, il résulte que seulement certains éléments qui composent celui-ci sont susceptibles d'être préjudiciés et réparés dans les conditions de la Loi.

Pour quelles raisons a-t-on exclu du concept d'environnement des éléments comme sont le sous-sol, les éléments caractéristiques du paysage, les systèmes naturels en interaction ou les valeurs matérielles et spirituelles ainsi que les conditions qui peuvent influencer le bien-être et la santé de l'homme ?

N'a-t-on pas ignoré de la sorte une conception unitaire concernant la protection intégrale de l'environnement ?

Nous pensons que dans l'application des dispositions spéciales concernant la responsabilité objective prévue dans la Loi cadre pour la protection de l'environnement, ce régime spécial devrait se référer à tous les composants de l'environnement, ainsi qu'il est défini.

En nous référant à ce qu'on pourrait appeler « le préjudice pur » de l'environnement, il est difficile d'en exclure des éléments essentiels comme l'eau, l'air, le sous-sol, les aspects caractéristiques du paysage qui ne constituent pas obligatoirement des « ressources naturelles ».

Il convient cependant d'évoquer « l'anormalité » du préjudice environnemental car les atteintes à l'environnement se distinguent par leur complexité et parfois leur irréversibilité.

La quantification du préjudice causé à l'environnement constitue peut-être un problème épineux mais essayer de le résoudre permet la mise en route de la procédure de la responsabilité et la réparation des dommages.

En ce qui concerne le préjudice futur, certainement prévisible à la suite d'une pollution, il a trouvé sa place dans le nouveau Code civil qui vient d'entrer en vigueur<sup>10</sup> et qui précise à l'article 1385 que le préjudice doit être intégralement réparé. Le deuxième alinéa de cet article prévoit que « on pourra accorder des dédommagements pour un préjudice futur si l'intervention de celui-ci est indubitable » et le 4<sup>e</sup> alinéa du même article précise que « si l'action illicite a déterminé la perte de la chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un dommage, la réparation sera proportionnelle avec la probabilité d'obtenir l'avantage ou d'éviter le dommage en tenant compte des circonstances et de la situation concrète de la victime ».

3.2. Le droit d'agir en justice pour la réparation du préjudice causé à l'environnement jouit d'un régime spécial par rapport au droit commun.

La lettre de l'article 5 de l'OUG n° 195/2005 prévoit le droit de toute personne de s'adresser, directement ou par l'intermédiaire des organisations pour la protection de l'environnement, aux autorités administratives et/ ou judiciaires lorsqu'il s'agit d'un préjudice causé à l'environnement.

On octroie de la sorte un incontestable droit d'agir en justice à toutes les personnes physiques ou morales même lorsqu'ils n'ont pas subi un préjudice direct.

#### *4. La responsabilité des pouvoirs publics liée à l'obligation de protéger les sites Natura 2000*

##### *4.1. Précisions terminologiques*

Le terme « responsabilité » du français (Petit Robert) a plusieurs acceptions :

a) La responsabilité politique des ministres qui doivent quitter le pouvoir lorsque le Parlement leur retire la confiance.

---

<sup>10</sup> Le nouveau Code civil adopté par la Loi nr. 287/2009 et modifié par la Loi d'application nr. 71/2011, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2011.

b) La responsabilité civile d'une personne qui doit réparer le préjudice causé par sa faute ou bien celle qui découle de la loi : responsabilité contractuelle, pénale, délictuelle.

c) Obligation ou nécessité morale ou intellectuelle de réparer une faute, de remplir un devoir, un engagement (le critère relevant de la morale sociale dans le sens où la personne accepte de supporter les conséquences).

d) Répondre (de)... Nous prenons le mot de responsabilité en son sens banal de « conscience (d)'être l'auteur incontestable d'un événement ou d'un objet » : « cette responsabilité est la simple revendication logique des conséquences de notre liberté ». (J.-P. Sartre).

e) Avoir la responsabilité de quelqu'un, en être responsable (en avoir la charge).

Pour G. Cornu dans son « Vocabulaire juridique » le terme responsabilité évoque avant tout son origine latine : *reponsus* est le participe passé du verbe *respondere* : se porter garant, répondre. Dans son sens juridique général ce verbe comporte l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'assurer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires etc. qui en découlent (soit envers la victime, soit envers la société etc.). La responsabilité civile désigne l'obligation pour l'auteur d'un dommage causé à autrui de le réparer.

Dans son sens générique la responsabilité civile englobe la responsabilité délictuelle et celle contractuelle. Quant à la responsabilité pénale elle implique l'obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte de loi qui les réprime.

On peut traduire en roumain le terme de « responsabilité » de deux manières : par celui de « responsabilitate » qui reprend pratiquement les termes français ou anglais de la notion ou bien par celui de « raspundere » lequel conserve à une voyelle près, inchangé, le mot latin « respondere ».

Ces deux mots ont cependant dans la terminologie juridique roumaine des sens différents.

Le terme de « responsabilité » signifie assumer un devoir (charge) en générale légal ou bien assumer les conséquences au plan moral ou social de certains idées, actions ou activités.

Le terme « raspundere » en tant que terme juridique définit la responsabilité juridique sous ses trois formes : responsabilité civile (délictuelle ou contractuelle), responsabilité contraventionnelle et celle pénale. Avec ce sens on rencontre le terme « raspundere » tant dans la législation que la doctrine et la jurisprudence.

À cet égard il convient de préciser que la responsabilité contraventionnelle est traitée de manière distincte en droit roumain tandis que, en droit français par exemple, elle relève du droit pénal (la responsabilité étant pénale). Dans le droit pénal on précise que « la

contravention désigne toute violation d'une règle de droit, toute inobservation des prescriptions d'une décision administrative ou judiciaire, ou encore d'une obligation contractuelle (inexécution, faute, fait illicite, infraction au cahier de charges). La contravention y est qualifiée comme infraction matérielle réprimée par des peines de simple police (d'où le nom de contravention de simple police) dont la compétence appartient aux tribunaux d'instance statuant en matière pénale. Plus spécialement il s'agit du nom courant donné dans la pratique aux infractions de la circulation routière et tout particulièrement à celles relatives aux stationnements irréguliers. Par extension on désigne ainsi l'écrit remis aux contrevenants qui constate l'infraction.

Le terme de « contraventionnel » se rapporte dans le même sens à celui de contravention par opposition à ceux de « correctionnel » ou « criminel » (ex. : peine contraventionnelle).

Par ailleurs, faisons remarquer qu'un synonyme de « simple police » serait délictuel ou délictueux qui trouvent leurs sources dans un délit lequel s'oppose au « contractuel » ou « quasi-contractuel ». En droit civil la responsabilité délictuelle s'oppose, du reste, aux délits, qu'ils soient correctionnels, criminels ou contraventionnels.

Ces précisions linguistiques nous ont semblé nécessaires afin de pouvoir utiliser un langage terminologique adéquat lorsqu'il s'agit d'examiner les normes communautaires et leur transposition en droit roumain. En effet, la correction et la fidélité des termes juridiques utilisés ont une importance capitale pour tout texte normatif communautaire censé être adapté et appliqué en droit roumain car la moindre approximation ou impropriété résultant d'une traduction qui manque de rigueur peut avoir des conséquences extrêmement fâcheuses.

#### *4.2. Responsabilité pour absence de désignation ou désignation erronée*

La directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil a été transposée en droit interne roumain par l'Ordonnance d'urgence nr. 68 du 25 juin 2007 concernant la responsabilité environnementale visant la prévention et la réparation du préjudice causé à l'environnement (le terme de « raspundere » (responsabilité) a été traduit en roumain avec le terme se référant à la responsabilité juridique et non avec celui de responsabilité qui désignerait en roumain les charges qui incombent en la matière aux autorités du pouvoir exécutif. Par conséquent, au cours de notre exposé, en fonction du contexte nous procéderons aux distinctions nécessaires pour distinguer la responsabilité juridique de celle qui revient aux pouvoirs publics auxquels incombe la tâche d'appliquer les dispositions en question.

L'article 6 de l'OUG n° 68/2007 établit les compétences des pouvoirs publics en conformité avec la règle qui exige que dans toute transposition

d'une directive européenne il revient à l'État membre de prévoir dans le texte transposé tant les aspects institutionnels (notamment l'autorité compétente pour la mise en œuvre de la respective disposition) que les sanctions encourues en cas d'infraction. Ainsi, l'Agence départementale pour la protection de l'environnement est l'autorité compétente chargée d'établir et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir et faire réparer le préjudice environnemental constaté mais également pour évaluer le caractère significatif de celui-ci sur l'environnement.

En ce qui concerne la protection et le régime des aires protégées, la conservation des habitats naturels, de la flore et de la faune sauvages la réglementation interne se trouve essentiellement dans les dispositions d'une autre ordonnance (l'OUG n° 57 du 20 juillet 2007, modifiée et complétée par l'OUG n° 154 du 25 novembre 2008). Ces textes législatifs ont transposé toutes les règles communautaires concernées<sup>11</sup>.

Selon la législation roumaine<sup>12</sup>, l'institution du régime des aires naturelles protégées est prioritaire par rapport à tous les autres objectifs à certaines exceptions près (3), limitativement prévues. Le régime de protection est établi quelle que soit la destination du terrain et le destinataire et il doit être obligatoirement respecté.

La constitution du régime d'aire naturelle protégée a lieu selon la catégorie d'aire par loi, décision du Gouvernement, ordre de l'autorité publique centrale pour la protection de l'environnement (ordre du ministre). Pour les sites d'importance communautaire les avis de l'Académie roumaine, de l'autorité publique centrale compétente en matière d'agriculture et de la sylviculture, des transports, de l'aménagement du territoire et du tourisme sont nécessaires. Pour les aires naturelles protégées qui présentent un intérêt local ou départemental une décision du Conseil local ou départemental est suffisante<sup>13</sup>.

Les propositions pour la constitution de ce régime peuvent être présentées à l'Agence nationale pour les aires naturelles protégées<sup>14</sup>, en vue d'une éventuelle ratification, par toute personne physique ou morale. L'autorité publique centrale pour la protection de l'environnement (le ministère de l'environnement) établit la liste des sites d'importance communautaire et des aires à protection spéciale que l'on transmet à la Commission européenne.

---

<sup>11</sup> La directive du Conseil 79/49/CEE du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages, la Directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats, de la flore et de la faune sauvages, la Directive 97/62/CE pour l'adaptation au progrès technique et scientifique de la Directive 92/43/CEE.

<sup>12</sup> OUG 57/2007 avec ses modifications ultérieures, art. 6-13.

<sup>13</sup> V. à cet égard l'article 6 lettre a, b et c de l'OUG 57/2008.

<sup>14</sup> La décision du Gouvernement n° 1320/2008 concernant l'organisation et le fonctionnement de l'Agence des aires naturelles protégées.



Pour les propositions de sites d'importance communautaire et pour les aires spéciales de protection on doit remplir le formulaire Standard Natura 2000, établi par la Commission européenne dans la décision 97/266/CE qui a été transposée par l'OUG 207/2006 concernant l'approbation du contenu du formulaire et du manuel qui précise le mode d'emploi de celui-ci.

La liste des sites proposée par la Roumanie comme celle des autres États membres qui indique le type d'habitat naturel doit respecter tous les critères prévus par les directives communautaires concernées ainsi qu'ils sont, du reste, imposés par la législation roumaine. Cependant en ce qui concerne l'obligation de l'État de transmettre correctement et dans les délais requis la liste des sites (dispositions de la directive 92/43CEE, articles 4 et 5) il n'existe dans la législation roumaine aucune disposition qui précise la responsabilité des pouvoirs publics quant à l'absence de désignation ou à une désignation erronée.

Nous pensons qu'en fonction de la décision du Conseil, après la transmission de la saisine par la Commission si le différend subsiste la responsabilité peut incomber à l'État membre et au plan national aux fonctionnaires qui n'ont pas remplis leurs tâches conformément au statut de la fonction publique ou selon le cas au Code du travail.

Pendant cette procédure et dans l'attente de la décision du Conseil, l'État membre doit prendre toute mesure nécessaire pour éviter la détérioration des habitats naturels.

La législation roumaine<sup>15</sup> prévoit l'obligation du détenteur d'un bien ayant valeur de patrimoine naturel de respecter provisoirement les critères de protection et de conservation jusqu'à ce que le processus d'institution du site prenne fin. Cependant on ne trouve pas dans la législation les mesures à prendre au cas où la Commission européenne est saisie de l'absence de désignation.

#### *4.3. Responsabilité pour absence ou inadéquation des mesures de conservation*

L'ensemble des aires protégées conformément aux réglementations communautaires et internes auxquelles nous avons fait référence et des catégories définies dans l'annexe 1<sup>16</sup> constituent le réseau national des aires naturelles protégées.

Les responsabilités (en ce qui concerne les charges) d'administration des aires naturelles protégées et des autres biens du patrimoine naturel incombent à l'Agence nationale des aires protégées pour les aires naturelles

<sup>15</sup> 2<sup>e</sup> al. de l'article 6 de l'OUG 57/2007.

<sup>16</sup> L'annexe 1 de l'OUG 57/2007. Le but et le régime de management des catégories des aires naturelles protégées ; réserves scientifiques, parcs nationaux, monuments naturels, réserves naturelles et de la biosphère, aires spéciales de conservation, sites d'importance communautaire etc.

instituées par la loi, par décision du Gouvernement ou par ordre de l'autorité centrale pour la protection de l'environnement.

L'administration des aires naturelles protégées revient selon la loi aux structures administratives spécialement instituées, ayant personnalité juridique, subordonnées à l'Agence nationale, à certaines régions autonomes, autorités publiques locales, services décentralisés de l'administration, instituts de recherches scientifiques et d'enseignement tant publics que privés, ONG, etc. Les services régionaux de l'ANAP sont chargés de la gestion des réserves naturelles, des monuments naturels selon le cas, des géoparc, des sites d'importance communautaire, *des aires de conservation* ... et des autres biens du patrimoine naturels régis par un régime spécial dont l'administration n'a pas été attribuée.

Les modalités d'attribution et d'administration des aires protégées sont établies selon la méthodologie approuvée par l'ordre du Ministre n° 15333 du 28 novembre 2008.

La protection et la conservation des habitats naturels ainsi que des espèces sauvages de flore et de faune se réalise, en sus de leur déclaration comme sites d'importance communautaire et aires de protection par des mesures de conservation qui peuvent concerner même des espaces situés à l'extérieur de ces aires naturelles protégées.

Les plans de gestion et les règlements des réserves de la biosphère, des parcs nationaux et naturels sont élaborés par les administrations de ceux-ci et approuvés par décision du Gouvernement suite à la proposition de l'autorité centrale pour la protection de l'environnement, après avis donné par les Conseils scientifiques et les Conseils consultatifs d'administration de l'ANAP. Pour les autres catégories d'aires naturelles protégées, les plans de gestion et les règlements élaborés par leurs propres administrations, après être avisés par l'ANAP, sont approuvés par un ordre du Ministre.

Les administrations des aires naturelles ont l'obligation de respecter les plans de gestion. Cette obligation incombe également aux personnes physiques et morales qui détiennent ou gèrent des terrains ou d'autres biens et/ou déploient certaines activités dans le périmètre concerné ou dans le voisinage de celui-ci. À cet égard, il faut préciser que les autorités nationales ou locales, ayant des compétences et des responsabilités pour réglementer les activités dans ces aires protégées, sont tenues d'établir, en se mettant d'accord avec les administrations de celles-ci, et éventuellement avec l'ANAP, des mesures spéciales pour assurer la conservation et l'utilisation durable des ressources naturelles conformément aux plans de gestion. Faisons remarquer toutefois que cette obligation *expressis verbis* de la loi n'est soutenue d'aucune sanction, demeurant donc un simple vœu pieux. Cependant si l'on ne respecte pas les interdictions et les limitations prévues

dans les plans de gestion (au cas où celles-ci y existent)<sup>17</sup> on est passible d'une sanction contraventionnelle, voire pénale.

Il convient de constater qu'aucune sanction, soit contraventionnelle soit pénale, n'est prévue à l'encontre de ceux qui ont la charge des mesures de conservation pour inaccomplissement des responsabilités qui leur reviennent. Nous pensons qu'ils devraient répondre administrativement ou pénalement selon leur statut dans l'administration concerné.

Les mesures adéquates pour éviter la détérioration et la perturbation des espèces protégées méritent une mention spéciale. En effet, à cet égard, il faut mettre en évidence que la loi 407/2000 concernant la chasse et la protection du fonds cynégétique a été modifiée par l'OUG 154/2008 pour devenir compatible avec les règles concernant la protection des aires naturelles protégées et de la flore et la faune sauvages (OUG 57/2007). Un exemple entre autres est l'introduction dans l'article 39 de la Loi de la chasse de l'interdiction de dépasser le quota de chasse approuvé par le gestionnaire, de pénétrer dans les parcs nationaux et les aires naturelles protégées, parties d'un fonds cynégétique, autrement qu'avec l'arme dans son étui et de chasser dans les élevages de gibier. Une exception à cette règle concerne la chasse dans ces sites protégés, qui font partie des fonds cynégétiques, des animaux admis à la chasse et des chiens vagabonds. Elle est explicable pour des raisons de santé des animaux et de sécurité publique et vise par conséquent, elle aussi, la protection de la flore et de la faune sauvage et des habitats naturels. Il faut cependant respecter les dispositions de la loi et obtenir l'accord du gestionnaire du fonds cynégétique, de l'administrateur du site et l'avis du Conseil scientifique.

#### *4.4. Responsabilité pour l'effectivité de la protection du site*

Signalons deux aspects concernant cette question :

a) La prise de mesures législatives pour transposer les dispositions de l'article 11 de la Directive « habitat ». À notre avis la transposition est correcte et la partie qui nous intéresse concerne l'article 33 alinéas a – f de l'OUG 57/2007. Ainsi pour les espèces de plantes et d'animaux sauvages terrestres, aquatiques et souterraines ainsi que pour celles contenues dans la liste rouge nationale l'on interdit toute forme de capture, de destruction ou de dommage, la perturbation volontaire pendant la période de reproduction etc. La violation de ces dispositions constitue une infraction. Il convient de faire remarquer que les modifications apportées par l'OUG 154/2008 pour corrélérer ces dispositions avec celles de la Loi 407/2006 sur la chasse et la

---

<sup>17</sup> Ainsi la violation des dispositions du 1<sup>er</sup> et du 2<sup>e</sup> alinéas de l'article 27 et du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 28 de l'OUG 57/2007 constitue une infraction et les faits répertoriés à l'article 53 de la même ordonnance sont considérés comme des contraventions.

protection du fonds cynégétique visant à protéger toutes les espèces d'oiseaux y compris les oiseaux migrateurs, interdisent, en prévoyant des sanctions pénales, de tuer, capturer ces oiseaux, quelle que soit la méthode employée. Il est également interdit de détruire leurs nids, de recueillir leurs œufs et de les perturber notamment au cours de la période de reproduction.

b) Il existe cependant une certaine carence des autorités publiques en ce qui concerne l'effectivité de la protection et l'application des dispositions légales en sachant que la responsabilité du système de monitoring et du contrôle incombe à l'autorité centrale de la protection de l'environnement. Or, ainsi que nous l'avons mentionné la responsabilité des autorités en charge du contrôle et de l'efficacité de la protection des sites ne peut être qu'administrative ou pénale selon le cas et dans l'hypothèse des préjudices causés en raison du non-accomplissement des obligations leur incombant ou de leur accomplissement défectueux seule intervient la responsabilité civile.

#### *4.5. Responsabilité à l'octroi ou au refus des autorisations dans les sites Natura 2000*

Comme le prévoit la loi cadre pour la protection de l'environnement<sup>18</sup> et les autres lois spéciales, la solution des litiges concernant la légalité des autorisations qui sont des actes administratifs, appartient aux juridictions du contentieux administratif<sup>19</sup>. En effet, toute personne se considérant préjudicié dans l'exercice d'un de ses droits ou d'un intérêt légitime par une autorité publique à la suite d'un acte administratif ou bien d'une absence de solution d'une demande dans le délai légal, peut s'adresser à la juridiction du contentieux administratif compétente pour l'annulation ou la délivrance de cet acte.

S'agissant des autorisations du domaine de la protection de l'environnement concernant Natura 2000 peuvent saisir la juridiction du contentieux le titulaire de la demande d'autorisation, le public concerné, les ONG dont l'objet d'activité est la protection de l'environnement, l'avocat du peuple, le ministère public et évidemment la personne lésée dans ses droits ou ses intérêts légitimes. S'y ajoute l'autorité publique qui a émis l'autorisation lorsque l'acte ne peut plus être révoqué étant donné qu'il se trouve déjà dans le circuit civil.

La responsabilité des autorités compétentes qui ont délivré ou ont refusé de délivrer la respective autorisation est complétée par la possibilité de la mise en cause du fonctionnaire qui a contribué à l'élaboration ou à la délivrance de l'autorisation ou bien est coupable du refus de solution de la demande. Au cas où un dédommagement est demandé en compensation du

---

<sup>18</sup> OUG 195/2005 approuvée par la Loi 64/2006 avec les modifications ultérieures.

<sup>19</sup> La Loi du contentieux administratif n° 554/2004 avec ses modifications ultérieures.

préjudice subi, le fonctionnaire coupable peut être obligé à réparer ce préjudice solidairement avec l'autorité publique défenderesse (art. 16 de la Loi 554/2006). Il s'agit d'une responsabilité civile pour laquelle le tribunal établira le préjudice tant moral que matériel.

La juridiction du contentieux administratif peut décider d'annuler intégralement ou en partie l'acte administratif en question, d'obliger l'autorité publique d'émettre un autre acte administratif, de délivrer une autre autorisation ou d'effectuer une autre opération administrative.

#### *4.6. La responsabilité des opérateurs économiques publics ou privés pour les sites Natura 2000*

La responsabilité civile (dans le sens de l'obligation de réparer le préjudice) pour le dommage causé à l'environnement jouit d'une réglementation spéciale déjà depuis 1995<sup>20</sup> lorsqu'on a consacré le principe de la responsabilité objective sans faute. Dans le cas de la pluralité des auteurs, la loi prévoit que « la responsabilité est solidaire ».

Cet aménagement législatif a été maintenu aussi dans la loi cadre qui est actuellement en vigueur (OUG 195/2005 avec ses modifications ultérieures) à l'article 96.

À cette réglementation à caractère général, vraie conquête de la responsabilité civile pour préjudice écologique, l'on a ajouté par mégarde ou ignorance un 2<sup>e</sup> alinéa : « ... exceptionnellement la responsabilité peut être également subjective lorsqu'il s'agit des préjudices causés aux espèces protégées aux habitats naturels, conformément aux règles spécifiques ». C'est comme si les espèces protégées et leurs habitats devaient être moins protégées et par des moyens juridiques plus faibles où intervient le problème fort compliqué de la preuve de la culpabilité de l'auteur par la victime.

Une logique juridique élémentaire exigerait la caducité de ce 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 96 si l'on tient compte du caractère objectif de la responsabilité civile pour le préjudice causé à l'environnement dans tous les autres cas fondés sur une responsabilité objective, prévus par la loi cadre pour la protection de l'environnement (l'OUG 195/2005).

Concernant l'application du principe de précaution, consacré par la loi cadre, nous pensons que la question appartient à la sphère de la prévention du préjudice causé à l'environnement.

---

<sup>20</sup> La Loi 137/1995, loi cadre pour la protection de l'environnement, abrogée par l'OUG 195/2005, approuvée par la Loi 62/2006 et à présent la loi cadre pour la protection de l'environnement.

#### *4.7. La responsabilité civile*

À la responsabilité administrative s'ajoute, lors d'un dommage environnemental, la responsabilité civile. Dans un tel cas il est important de savoir quelles sont les personnes qui peuvent introduire une action en justice afin que celle-ci puisse établir la réalité du préjudice et le montant des dommages. À cet égard, le droit roumain accorde le droit d'agir à toute personne physique ou morale un préjudice ou des activités affectant l'environnement. Il est donc possible aux ONG de se constituer partie dans tout litige concernant un dommage environnemental et de demander des dommages et intérêts au nom de la collectivité. Il faut préciser qu'en tout cas de figure joue la responsabilité objective d'origine législative.

Il convient d'ajouter que le droit roumain prévoit même la responsabilité d'un maire ou d'un préfet qui ayant connaissance d'un événement qui a causé un préjudice à l'environnement s'abstient de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser la cause de celui-ci et exiger réparation. Le juge administratif a établi que lorsque le préfet par sa faute fait preuve de négligence ou de lenteur, il engage la responsabilité de l'État. La jurisprudence a consacré la responsabilité objective, sans faute, de l'État dans un tel cas.

#### *5. La responsabilité environnementale au titre de la Directive 2004/35*

Nous rappelons que le mécanisme de transposition d'une directive communautaire dans le droit national comporte une reprise, aussi exacte que possible, des définitions données aux termes utilisés, afin que ceux-ci soient parfaitement compréhensibles, une traduction correcte des normes obligatoires qu'elle contient et une structure pertinente des aspects institutionnels qui y sont abordés (qui répond, qui organise, qui contrôle et prend les mesures nécessaires) ainsi que des sanctions applicables en cas de non observation de la loi, lesquelles doivent, en principe, être compatibles avec celles qui existent déjà en la matière et comparables à celles des autres États membres.

Les raisons d'une transposition défectueuse pour un État comme la Roumanie laquelle aboutit à une mise en œuvre déficitaire et non uniforme des textes communautaires sont relativement simples mais difficilement amendables à court terme. Au-delà d'une syntaxe tortueuse il s'agit le plus souvent d'une traduction faussée des termes ce qui les rend inadéquats et ambigus. En effet, comme les directives « originales » sont, en général, rédigées en anglais elles sont confiées à des traducteurs parfaitement connaisseurs de cette langue mais qui manquent de connaissances juridiques. Le résultat ce sont des textes « harmonisés » mais difficilement applicables car compliqués et ambigus ou même qui acquièrent au cours de la traduction un autre sens juridique que celui de l'original.

C'est le cas du texte de la Directive 2004/35 transposé dans l'OUG n° 68 du 26 juin 2007 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Nous nous permettons de citer un passage de l'OUG en question. Il s'agit de la définition du terme « coûts » : « les coûts qui sont justifiés par la nécessité d'assurer une mise en œuvre correcte et efficiente de la présente Ordonnance d'urgence, y compris ceux de l'évaluation du préjudice causé à l'environnement, de la menace imminente du préjudice, des options d'actions susceptibles d'empêcher son intervention, ainsi que les coûts administratifs, judiciaires et de mise en application de l'ordonnance, ceux de la collecte des données et autres coûts généraux, les coûts du monitoring et de la surveillance... ».

Une première précision s'impose : le terme en question n'est pas défini dans la directive transposée. Mais ignorons ce détail, sans doute peu significatif pour les « transposeurs » et constatons que cette définition introduit dans le texte une parfaite confusion. En effet, les coûts qui seront probablement supportés par ceux qui ne respectent pas les dispositions légales de l'ordonnance comprendront tout ensemble : les frais de fonctionnement des organismes qui doivent appliquer la directive, ceux d'organisation et techniques, ceux relevant de possibles menaces concernant la production du préjudice (comment établira-t-on le coût de la menace ?) ceux des options d'actions (combien coûte une option ?), ceux de mise en application de l'ordonnance (distincts de ceux de la mise en œuvre) et ... de surveillance de l'ordonnance (comment peut-on surveiller un texte de loi ?).

En ce qui concerne le champ d'application de l'OUG 68/2007 qui transpose la directive suscitée, le texte interne reprend tout à fait les mêmes situations y compris les exclusions. Signalons, toutefois, le 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 3 concernant le champ d'application de la réglementation. Il précise que les personnes physiques ou morales de droit privé ne sauraient prétendre à une compensation à laquelle elles auraient le droit suite au préjudice subi par l'environnement ou à la menace imminente d'un tel préjudice. Dans de telles situations, seul le droit commun est applicable.

À notre avis, parce que le droit commun est en l'occurrence, la loi cadre pour la protection de l'environnement qui prévoit que la responsabilité civile est objective, c'est celle-ci qui doit être appliquée. Rappelons la définition que donne cette loi du préjudice : « l'effet quantifiable en termes de coûts des substances polluantes, des activités dommageables ou des désastres, sur la santé des humains, les biens ou l'environnement ».

L'autorité compétente pour appliquer les dispositions légales en question est l'Agence départementale de protection de l'environnement qui, en vue des mesures nécessaires à prendre doit se consulter avec la Direction départementale de la Garde nationale de l'environnement (GNM) et selon le

cas avec les Conseils scientifiques des aires naturelles protégées, les Offices des études pédologiques et agronomiques du département, les inspectorats territoriaux du régime forestier et de chasse. Pour établir le caractère significatif du préjudice environnemental et les mesures nécessaires de réparation, l'Agence nationale pour la protection de l'environnement est également consultée.

Article 1 point 52 de l'OUG 195/2005 avec les modifications ultérieures.

La mise en application des mesures préventives et de réparation, établies comme nous l'avons déjà précisé ci-dessus, incombent à l'Agence départementale de protection de l'environnement. Conformément au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 7 de l'OUG 68/2007 elle peut les mettre en application elle-même ou en concluant des contrats avec des personnes physiques ou morales selon les dispositions légales. Elle peut également disposer des mesures préventives ou réparation nécessaires sur la propriété d'un tiers, solliciter l'opérateur concerné de faire sa propre évaluation et de fournir toutes les informations et données nécessaires.

En ce qui concerne la mise en pratique d'une telle mesure, ce qui est surprenant dans la rédaction de ce texte est l'utilisation d'une norme dispositive « l'autorité peut » et non d'une norme impérative. On constate la même rédaction dans le texte de la directive : « l'autorité compétente peut à tout moment... oblige l'exploitant... ou prend elle-même... les mesures nécessaires »

Nous pensons que le texte de la directive étant une réglementation cadre, qui ne s'applique pas *tale quale*, la norme dispositive qui sert d'exemple peut s'expliquer, cependant le texte réglementaire, qui est un texte de droit positif devrait utiliser une norme impérative.



**RAPPORT FRANÇAIS SUR LE DROIT  
DE L'ENVIRONNEMENT**

**LA RESPONSABILITÉ JURIDIQUE EN DROIT FRANÇAIS  
DE L'ENVIRONNEMENT**

Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRÈNE\*

La responsabilité juridique impose à l'auteur de certains actes ou dommages d'en supporter les conséquences. Et, les droits civil, pénal et administratif partagent la même approche du terme responsabilité, laquelle nécessite une action devant le juge reconnaissant la culpabilité, ou l'obligation pour l'auteur de réparer l'atteinte subie.

En droit pénal la transgression de valeurs sociales essentielles, telles que la protection de l'environnement, et juridiquement protégées, entraîne la reconnaissance de la responsabilité pénale du délinquant écologique qui doit se soumettre aux sanctions légalement prévues. La responsabilité pénale permet de « promouvoir l'intérêt écologique comme valeur essentielle » en raison de la fonction éducative afférente au droit pénal. L'aboutissement naturel du procès pénal est le prononcé d'une peine.

En droit civil, la responsabilité oblige le désigné responsable à réparer l'atteinte. La responsabilité civile a comme fonction fondamentale une fonction de réparation qui vise à remettre la victime dans l'état dans lequel elle se trouvait avant la survenance du dommage.

En droit administratif, la responsabilité juridique conduit dans des circonstances similaires à mettre l'État en cause.

Cependant, dans la directive 2004/35 du 21 avril 2004 sur « la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la

---

\* Directrice du Centre de Droit de l'environnement de Strasbourg, EA 3394.

réparation des dommages environnementaux » ou DRE<sup>1</sup> une autre perception de la responsabilité est apparue. Initialement le projet de directive devait permettre une harmonisation européenne des modes de responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement. Mais un glissement s'est opéré. Ainsi la loi française de transposition sur la responsabilité environnementale (LRE) du 1<sup>er</sup> août 2008<sup>2</sup> institue un régime innovant de police administrative relative à la responsabilité environnementale imposant la prévention ainsi que la réparation de certains dommages causés à l'environnement<sup>3</sup>.

Cependant, cette police administrative ne s'apparente pas à un régime de responsabilité juridique. Ainsi, la qualification de responsabilité environnementale constitue-t-elle juridiquement un faux ami. Dans la DRE comme dans la LRE, la responsabilité doit être entendue au sens non juridique du terme.

Dans le cadre de cette police administrative, le « responsable » au sens commun du terme est en réalité le « débiteur » juridique d'une prescription administrative résultant d'une atteinte portée par son activité au milieu naturel. Sous cet angle, la LRE n'est pas la seule police habilitant l'administration à prescrire des opérations au profit des milieux écologiques. Certaines obligations issues de police administrative notamment les obligations de remise en état et de compensation écologique issues de la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement<sup>4</sup> peuvent avoir des effets curatifs rejoignant la fonction réparatrice de la responsabilité juridique. Cependant, il faut noter que ces polices administratives sont laissées à l'application de l'État et que les mesures de réparation peuvent être négociées à l'opposé des modalités de réparation ordonnées par le juge civil dans le cadre d'une réparation intégrale conséquences d'une responsabilité civile reconnue.

---

<sup>1</sup> Directive n° 2004/35/CE du 21/04/04 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*JOUE* n° L 143 du 30 avril 2004).

<sup>2</sup> L. n° 2008-757, 1<sup>er</sup> août 2008, relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement : *JO* n° 0179, 2 août 2008 ; C. env., art. L. 161-1 et s.

<sup>3</sup> L'article L. 162-9 du Code de l'environnement relatif aux seuls dommages causés à l'eau, à certaines espèces et habitats distingue en effet trois modes de réparation : primaire, complémentaire et compensatoire. Les mesures de réparation pour les dommages causés au sol se retréignent à la suppression de tout risque d'atteinte grave à la santé humaine (C. env., art. L. 162-8).

<sup>4</sup> Installations réglementées par les articles L. 511-1 et suivants du Code de l'environnement. Les exploitations industrielles ou agricoles susceptibles de créer des risques, ou de provoquer des pollutions ou des nuisances pour l'environnement et pour la sécurité et la santé des riverains, sont des installations classées. Les activités relevant de la législation des installations classées sont énumérées dans une nomenclature qui les soumet à un régime d'autorisation, d'enregistrement ou de déclaration en fonction de l'importance des risques ou des inconvénients engendrés par l'exploitation.

Le rapport sur le droit de l'environnement que je vous présente aujourd'hui en tant que civiliste porte précisément sur la montée en puissance du mécanisme de responsabilité civile dans le cadre de la réparation des dommages causés à l'environnement. L'originalité de cette évolution est double. Elle porte à la fois sur les faits générateurs retenus et sur le préjudice invoqué et sa réparation. Dans un premier temps seront mis en lumière des faits générateurs de responsabilité civile spécifiques, que la Cour de cassation puise directement dans le droit de l'environnement. Dans un second temps sera explorée la manière dont est appréhendée à ce jour la réparation civile des atteintes à l'environnement en prenant appui sur la jurisprudence, les prescriptions de la DRE et la doctrine.

## I. DES FAITS GÉNÉRATEURS SPÉCIFIQUES AU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Ces faits générateurs spécifiques au droit de l'environnement sont des manquements à une obligation de police administrative protectrice de l'environnement mais correspondent aussi au non respect du principe de précaution issu de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

### *A. – Le manquement à une obligation de police administrative protectrice de l'environnement, constitutif d'un fait générateur de responsabilité*

Récemment, deux obligations de police administrative sont sources de responsabilité civile d'après la Cour de cassation.

La première obligation de police administrative à être prise en considération par la troisième chambre de la Cour de cassation dans sa jurisprudence relative aux sols pollués est l'obligation légale pour le dernier exploitant de remise en état du site pollué à la cessation définitive de son activité, une obligation issue de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

La Cour affirme, dès le 16 mars 2005, qu'en cas de manquement à cette obligation, la responsabilité délictuelle pour faute de son débiteur peut être engagée en se fondant sur l'article 1382 du Code civil<sup>5</sup>. L'acquéreur d'un

---

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 mars 2005 n° 03-17875, *Bull.* III n° 67 p. 60. « Mais attendu qu'ayant retenu que la société SCAEL se prévalait d'une obligation de police administrative qui imposait, nonobstant tout rapport de droit privé, une obligation de remise des lieux en état pesant sur le dernier exploitant d'une installation classée sous peine de sanctions pénales, que la société Norsk Hydro azote, à laquelle l'arrêté préfectoral imposait des mesures de surveillance de la nappe phréatique, avait, en application des prescriptions impératives de la loi du 19 juillet 1996 modifiées et reprises

terrain qui a payé des mesures de surveillance ou de dépollution peut demander remboursement à l'ancien exploitant en cas de manquement à cette obligation de remise en état au titre de sa responsabilité civile pour faute.

Un arrêt du 2 décembre 2009 est venu ensuite préciser que « la charge de la dépollution d'un site industriel incombe au dernier exploitant et non au vendeur dès lors que cette obligation légale de remise en état n'a pas seulement pour objet la protection de l'acquéreur mais un intérêt collectif touchant à la protection générale de l'environnement »<sup>6</sup>. Au regard de cette jurisprudence, le droit privé peut être perçu comme venant compléter le droit public pour la protection de l'environnement. G Wiederkehr dès 1992 estimait qu'à cet égard, le contentieux civil a vocation à venir en soutien des autres et permet d'assurer un large rayonnement à la protection de l'environnement<sup>7</sup>.

Pour compléter cette jurisprudence, le 15 décembre 2010 la Cour de cassation<sup>8</sup> a consacré la portée générale de cette obligation de remise en état qui peut exister quand bien même les arrêtés préfectoraux relatifs à la remise en état du site soient devenus définitifs et aient été respectés par le débiteur de cette obligation, dernier exploitant. Ainsi, il est possible d'affirmer que « le respect par l'exploitant des prescriptions administratives ne permet pas de l'exonérer des obligations légales prévues par le Code de l'environnement »<sup>9</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel au vu de l'article 1382 du Code civil, ensemble l'article 34 du décret du 21 septembre 1977, de ne pas avoir recherché, comme il lui était demandé, si le dernier exploitant, ayant effectué les travaux de dépollution dont les modalités ont été définies par un arrêté préfectoral en date du 30 octobre 2007, n'avait pas commis une faute, lors de sa cessation d'activité en 1992, pour ne pas avoir remis le site dans un état tel qu'il ne s'y

---

par l'article L. 511-1 du Code de l'environnement ainsi que de l'article 34-1 du décret du 21 septembre 1977, l'obligation de procéder à cette remise en état et de prendre toutes mesures utiles en matière de dépollution des sols, que l'obligation impartie pesait sur la société Hydro Agri France, sans que puissent être invoquées les dispositions contractuelles de la vente intervenue le 28 mai 1990, ces dispositions demeurant étrangères aux prescriptions de l'autorité administrative, pénalement sanctionnées, en matière d'installations classées, et que la société SCAEL avait dû exposer les frais d'opérations de vérification qui n'auraient pas dû lui incomber, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions relatives aux obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que le manquement invoqué revêtait le caractère d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ».

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 déc. 2009 n° 08-16.563 *Bull.* III n° 268.

<sup>7</sup> G. WIEDERKEHR, « Dommage écologique et responsabilité civile », in *Les hommes et l'environnement*, éd. Frison-Roche, 1992, p. 513.

<sup>8</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 déc. n° 09-70.538, *Bull.* III n° 492.

<sup>9</sup> G LARDEUX, comm. sous Cass. 3 civ. 9 sept. 2009, *Chronique contrats et responsabilité, Revue des contrats*, janv. 2010, n° 1, p. 121.

manifeste aucun des dangers ou inconvénients mentionnés par la législation *ICPE*.

Selon Françoise Nési<sup>10</sup>, conseillère à la Cour de cassation « cette obligation, fondée sur le lien existant entre l'activité industrielle et les nuisances qui en résultent, découle directement d'un principe fondamental en droit de l'environnement qui est celui du pollueur-payeur, édicté dans un but d'intérêt général relatif à la santé, la sécurité et la protection de l'environnement. Elle préexiste à l'intervention même de l'autorité administrative, dont les pouvoirs ne sont que des moyens d'obtenir l'exécution de cette « obligation de faire ».

Et l'auteur de conclure que « l'obligation de remise en état qui pèse sur le dernier exploitant, si elle résulte d'une loi de police administrative, est ainsi une obligation légale d'intérêt général qui engage sa responsabilité délictuelle et l'oblige à réparer l'intégralité du préjudice causé à un tiers par une pollution résiduelle présentant les inconvénients et dangers visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement, peu important l'existence ou non de préconisations de l'administration et leur respect tant que la décontamination du site n'a pas été obtenue ».

La seconde obligation de police administrative permettant en cas de manquement la mise en œuvre de la responsabilité civile dans la jurisprudence de la Cour de cassation, est l'obligation d'élimination des déchets issue de la législation déchets. À propos de l'affaire *Erika*, la Cour de cassation dans l'arrêt « commune de Mesquer » du 17 décembre 2008<sup>11</sup>, après avoir exclu la responsabilité fondée sur le fait des choses (art. 1384 al. 1 C. civ.) puis sur le fait des produits défectueux (art. 1386-1 C. civ.) retenait pour désigner les responsables potentiels de la pollution des plages, le fondement de l'article L. 542-2 du Code de l'environnement. Cet article désigne les débiteurs de l'obligation de police administrative d'éliminer et maintenant de gérer les déchets. Ainsi, le manquement à cette obligation de police administrative entraîne pour son débiteur l'engagement d'une responsabilité civile délictuelle spécifique fondée non pas cette fois-ci sur les fondements de droit commun mais sur l'article L. 542-4 du Code de l'environnement<sup>12</sup>.

Cette reconnaissance de la responsabilité civile canalisée sur ces débiteurs d'obligations de police administrative relative à la protection de l'environnement peut prendre appui sur deux fondements.

---

<sup>10</sup> F. NÉSI, « Terrain pollué et responsabilité du dernier exploitant d'une installation classée » *BDEI*, 2011, n° 31.

<sup>11</sup> Cass. 3 civ., 17 déc. 2008, n° 04-12315, *Bull III*, n° 206.

<sup>12</sup> V. M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, « Chronique de droit privé de l'environnement », *RJE* 3/2011, p. 375.

Un fondement légal réside dans l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, selon lequel les milieux naturels et donc le sol et les sites, font partie du patrimoine commun de la nation et qui précise que leur protection, restauration et remise en état sont d'intérêt général et doivent s'inspirer, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des grands principes généraux du droit et notamment le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur.

Un fondement constitutionnel est constitué par l'article 2 de la Charte de l'environnement érigeant le devoir de prendre part à la préservation de l'environnement<sup>13</sup>. À ce propos, le Conseil constitutionnel a précisé à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation « que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles [les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la Charte de l'environnement] s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »<sup>14</sup>. Le Conseil constitutionnel se faisant consacrer bien l'application de la Charte et les obligations qui en découlent aux personnes privées. Il met à la charge de chacun une obligation de vigilance environnementale qui peut donner lieu à une action en responsabilité en cas d'atteintes non seulement à autrui mais aussi à l'environnement indépendamment donc d'un préjudice personnel<sup>15</sup> confirmant ainsi la jurisprudence émergente en matière de préjudice écologique<sup>16</sup>.

Se référant cette fois-ci non pas à une obligation de polices administratives mais directement à un des principes généraux du droit de l'environnement ; le principe de précaution, la Cour de cassation, dans deux arrêts récents, est allée encore plus loin en termes de faits générateurs de responsabilité civile dans le domaine environnemental.

---

<sup>13</sup> Pour Y. RAZAFINDRATANDRA, la responsabilité environnementale introduite par la loi du 1<sup>er</sup> août 2008 emprunte la physionomie d'une obligation administrative déclinant le devoir de chacun de préserver l'environnement tel qu'il est proclamé par la Charte, *Dr. Env.* oct. 2008, n° 162 p. 3.

<sup>14</sup> V. Décision du Conseil constitutionnel n° 2011-116 QPC du 08 avril 2011. *M. Michel Z. et autre* [Troubles du voisinage et environnement].

<sup>15</sup> F.-G. TRÉBULLE, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », *RDI* n°7/8 2011 p. 369, comm. De la décision du Conseil constitutionnel préc.

<sup>16</sup> V. II<sup>e</sup> partie.

B. – *L'intégration dans la sphère de la responsabilité civile  
du principe de précaution*

À propos de ce principe de précaution, il faut noter que c'est un principe controversé et un concept difficile à manier.

Le Conseil d'État en se fondant sur l'article 5 de la Charte de l'environnement en a récemment confirmé l'application directe en droit public et sans nécessité de précisions législatives supplémentaires. Il a précisé de plus qu'il pouvait s'appliquer en dehors d'une législation strictement environnementale, comme le droit de l'urbanisme<sup>17</sup> et le droit de la santé publique<sup>18</sup>.

L'article 5 de la Charte de l'environnement énonce effectivement ce principe et il en restreint l'application aux autorités publiques. Cette restriction au sein de la Charte avait permis à certains de penser que ce principe ne pouvait donc pas s'appliquer aux personnes privées. La 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation vient contredire ce courant doctrinal en consacrant l'applicabilité directe du principe de précaution aux conflits entre personnes privées en se fondant sur l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. Il s'agit de deux arrêts de rejet, l'un du 3 mars 2010 relatif à un risque de pollution de l'eau par la construction d'un forage<sup>19</sup>, l'autre du 18 mai 2011 à propos d'un risque en matière de santé animale engendré par les lignes électriques à haute tension<sup>20</sup>.

Dans le premier arrêt, le Cour se réfère explicitement à l'article 1382 du Code civil pour consacrer l'entrée du principe de précaution dans la sphère du contentieux privé et de la responsabilité civile<sup>21</sup>. Le non respect de ce principe correspondrait à une faute et donc engagerait la responsabilité de l'auteur sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Même si dans l'affaire en question, le risque étant exclu, la faute ne peut pas avoir été commise. Le principe n'en demeure pas moins posé.

<sup>17</sup> CE *aff. du quartier Les hauts de Choiseul* du 19 juillet 2010, n° 328687.

<sup>18</sup> En matière de compléments alimentaires, CE, 27 avril 2011, n° 295235.

<sup>19</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mars 2010, n° 09-19108.

<sup>20</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 mai 2011, n° 10-17645.

<sup>21</sup> À noter cependant que cette référence à l'article 1382 du Code civil n'est pas forcément un obstacle à l'évolution d'une qualification de responsabilité pour faute vers celle de responsabilité sans faute. L'article 1382 est l'origine, la source de la responsabilité civile en France. En 1804, il était le seul et unique fondement de cette responsabilité civile. La théorie des troubles anormaux du voisinage a été construite en 1844 sur ce même article avant que des arrêts en 1971 n'autonomisent cette théorie. De même, les arrêts relatifs à la protection du droit à la vie privée mentionnaient l'article 1382 avant l'arrêt Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 nov. 1996, *Bull.* I n° 378 p. 265, v. par ex. Cass 2<sup>e</sup>, civ. 8 juill. 1981 n° 80-12286 et 80-13079, *Bull.* II n° 151.

Cet arrêt est intéressant en ce qu'il explicite les conditions d'application de ce principe de précaution dans un litige entre personnes privées pour qu'il soit source de responsabilité civile.

Il faut une situation dans laquelle émerge l'éventualité d'un événement futur susceptible de causer un dommage. Ce risque doit faire l'objet d'une absence de certitude. Un doute doit exister, une controverse scientifique peut faire rage, les experts ne doivent pas être d'accord. Sinon le doute est levée et :

- soit il s'agit d'une situation dans laquelle le risque est indécidable, le doute n'existe pas et le principe n'a pas à être appliqué (ce qui est le cas en l'espèce, d'après l'expert) ;

- soit il s'agit d'une situation dans laquelle le risque est bien certain. Dans ce dernier cas, les mesures à prendre ne sont plus du domaine du principe de précaution mais de celui du principe de prévention.

Il faut de plus que ce doute existe dans le cadre d'un risque pour l'environnement, cette absence de certitude doit porter sur un risque « de dommages graves et irréversibles à l'environnement », en l'espèce un risque de pollution de l'eau.

Si les conditions relatives au risque sont remplies, si ce risque incertain scientifiquement de dommages graves et irréversibles à l'environnement existe, alors l'acteur à l'origine du risque doit agir. Pour ce faire, il doit « prendre des mesures effectives et proportionnées », « à un coût économiquement acceptable » pour empêcher la réalisation du risque. À noter que le simple respect de la réglementation ne suffit pas pour répondre au principe de précaution. Il faut d'après la Cour de cassation apprécier le respect du principe de précaution au delà de la diligence du défendeur relative aux prescriptions légales et administratives. Ainsi le fait que le forage susceptible de créer la situation illicite, le risque de pollution, « avait été exécuté par une entreprise spécialisée dans les règles de l'art et le respect des autorisations administratives » ne suffit pas au respect du principe de précaution. Il permet simplement d'admettre que le défendeur n'a pas eu de comportement volontairement illicite. Si la preuve du risque incertain de pollution avait été rapportée, ce qui est exclu par l'expert en l'espèce, le principe de précaution se serait appliqué et les défendeurs auraient pu être fautifs en dépit du respect des règles de l'art et des réglementations<sup>22</sup>.

Précisons encore que dans ce contexte privé, les mesures de précaution à prendre du fait de l'application de ce principe de précaution ne sont pas à arbitrer selon l'intérêt des deux parties en cause, mais bien en fonction du

---

<sup>22</sup> À noter que dans un contentieux relatif à une activité à risque protégée par l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation, l'existence d'un manquement au principe de précaution pourrait permettre la sanction de l'exploitant conformément à la décision du Conseil constitutionnel préc.



risque de dommage selon les intérêts collectifs environnementaux en présence et au regard du caractère d'intérêt général de la protection de l'environnement<sup>23</sup>.

Ainsi, c'est le constat d'omission de telles mesures dans le cas d'un tel risque qui est susceptible d'engager la responsabilité civile.

Notons pour finir que dans cette affaire ce qui était demandé, c'était la fermeture du forage c'est-à-dire une mesure visant à mettre fin au risque et portant sur le fait générateur. Il faut alors relever que le respect du principe de précaution dans le cadre de la responsabilité civile promeut une fonction spécifique de la responsabilité civile, celle de cessation de l'illicite. Et cette fonction non pas de réparation mais de cessation de l'illicite apparaît alors comme une fonction anticipatrice protectrice de l'environnement<sup>24</sup>.

Le second arrêt du 18 mai 2011 de la troisième chambre civile confirme cette introduction du principe de précaution dans la sphère privée mais dans le cadre cette fois-ci d'une demande en réparation des préjudices matériels et économiques subis à raison des problèmes sanitaires de l'élevage prétendument causés. Le fait générateur était en l'espèce le défaut de mesures à prendre en l'absence de certitude des répercussions des lignes à haute tension sur la santé des animaux d'élevage.

Ce second arrêt de la troisième chambre civile vient préciser l'application du principe : « la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes, la cour d'appel, qui a relevé que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevages de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence et qui a analysé les circonstances de fait dans lesquelles le dommage s'était produit, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée et en a exactement déduit que les demandes d'indemnisation du GAEC ne devaient pas être admises »<sup>25</sup>.

Cet arrêt de rejet est justifié en ce que le principe de précaution ne remet pas en cause l'exigence de preuve à rapporter, serait-ce par le biais de

<sup>23</sup> V. Réflexion *supra* sur la dépollution des sols et celle de F. Nési relative à l'article L. 514-20 du C. env.

<sup>24</sup> V. aussi M. BOUTONNET « Le risque, condition de droit de la responsabilité civile au nom du principe de précaution », *D.* 2009, Étude p. 819.

<sup>25</sup> V. Cass. 3 civ., 18 mai 2011 n° 10-17645.

présomptions, du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage, le fait générateur étant en l'espèce le défaut de mesures à prendre en l'absence de certitude des répercussions des lignes à haute tension sur la santé des animaux d'élevage.

Pour conclure sur cette première partie il faut relever que le juge judiciaire intègre dans la sphère des relations privées par le biais des faits générateurs spécifiques, les intérêts collectifs environnementaux consacrés *via* la Charte de l'environnement et les principes du droit de l'environnement. Le juge judiciaire s'érige en gardien de la nature de la même manière qu'il fait respecter le droit de propriété ou le droit à la vie privée de chacun. Au travers de cette jurisprudence, le juge judiciaire se charge ainsi de faire respecter le droit constitutionnel de chacun à un environnement équilibré et respectueux de la santé s'appuyant sur l'article 1 de la Charte.

La Cour de cassation joue ainsi un rôle dans la reconnaissance d'un ordre public écologique qui impose qu'au-dessus des intérêts privés et individuels, et au-delà des prescriptions administratives et des réglementations certaines valeurs priment, des valeurs protectrices de l'humanité<sup>26</sup>, sachant, selon le second considérant de la Charte de l'environnement, que « l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ». La Cour de cassation va avoir à se positionner sur ce point non plus en ce qui concerne les faits générateurs de responsabilité civile mais dans le cadre de la réparation des dommages à l'environnement.

## II. L'APPRÉHENSION PAR LE DROIT CIVIL DE LA RÉPARATION DES ATTEINTES CAUSÉES À L'ENVIRONNEMENT

La réparation des atteintes causées à l'environnement est une problématique du droit en pleine évolution.

La Cour de cassation doit statuer d'ici la fin de l'année sur la réparation des atteintes à l'environnement causées par la marée noire après le naufrage du pétrolier Erika en 1999. D'ores et déjà certaines décisions de juges du fond ont pris position sur la traduction juridique des atteintes à l'environnement et consacrent la reconnaissance du préjudice écologique en tant que tel. Mais au-delà de cette reconnaissance ce qui pose difficulté est de sanctionner de manière adaptée cette atteinte et que les fonctions de la responsabilité civile puissent être exercées pleinement.

---

<sup>26</sup> V. C. KESSEDJIAN, « Entre acceptation servile et refus catégorique- un droit régulateur ? », in *Droit et marchandisation*, E. LOQUIN et A. MARTIN (dir.), Litec, 2010, p. 443.

La directive RE pourrait venir influencer le juge judiciaire pour aboutir à une véritable cohérence en la matière.

Avant de se pencher sur les modalités de réparation à privilégier portons notre attention sur la traduction opérée par le droit français de la responsabilité civile de ces atteintes à l'environnement.

#### A. – *La traduction par le droit français de la responsabilité civile de ces atteintes à l'environnement*

Pour obtenir réparation d'un dommage, en droit de la responsabilité civile, il faut non seulement une atteinte factuelle mais la lésion d'un intérêt protégé par le droit, plus précisément l'existence d'un préjudice c'est-à-dire la répercussion de cette atteinte factuelle sur les biens, l'avoir de la personne (préjudice patrimonial), et sur la personne, l'être, voire son bien-être (préjudice extrapatrimonial)<sup>27</sup>.

La décision de la Cour d'appel de Paris du 30 mars 2010 (objet d'un actuel pourvoi) statuant dans l'affaire *Erika*, estime d'ailleurs que « les dommages causés par le déversement des hydrocarbures sont à l'origine d'un certain nombre de préjudices qu'il [lui] appartient (...) d'identifier et de caractériser ».

Juridiquement, un dommage environnemental peut entraîner trois types de préjudices, alternativement ou, cumulativement : un (des) préjudice(s) matériel(s), un (des) préjudice(s) moral(aux) et un (des) préjudice(s) écologique(s).

La nouveauté en droit français réside dans l'émergence d'une reconnaissance d'un préjudice spécifique en cas d'atteintes à l'environnement. Et la Cour d'appel de Paris reprend ce triptyque.

Une marée noire est qualifiable de dommage à l'environnement entraînant la lésion de droits patrimoniaux (préjudices matériel et économique comme le manque à gagner pour l'hôtelier) et la lésion de droits extra-patrimoniaux (le préjudice moral comme l'atteinte à l'image de marque ou destruction des efforts déployés par les associations de protection de l'environnement).

Ces catégories de préjudice matériel et préjudice moral très classiques constituent ce que la doctrine appelle le « dommage écologique dérivé » et ne posent aucune difficulté juridique.

---

<sup>27</sup> Il est d'ailleurs relevé que selon l'article L. 162-2 du C. env. « Une personne victime d'un préjudice résultant d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente d'un tel dommage ne peut en demander réparation sur le fondement du présent titre ».

Donc le préjudice subjectif n'est pas susceptible de réparation dans le cadre de la police administrative issue de la Directive relative à la responsabilité environnementale.

Mais il est évident que ces deux catégories de préjudices laissent subsister certaines atteintes non prises en compte par exemple « en cas de disparition d'une espèce protégée d'oiseau à l'issue d'une marée noire, la réparation du préjudice moral d'une association de protection des oiseaux pour l'anéantissement des efforts qu'elle a déployés laisse intact le préjudice résiduel lié à l'appauvrissement de la diversité biologique et les déséquilibres écosystémiques qu'elle emporte.

Un préjudice qualifié de préjudice écologique a été reconnu par des décisions de juges du fond en France y compris par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 30 mars 2010 mais c'est un élément juridiquement encore mal identifié.

Il s'agit d'un préjudice lésant les intérêts collectifs environnementaux. Mais sa nature reste confuse et la doctrine reste divisée sur ce point et il n'est pas certain que la Cour de cassation mette fin à cette interrogation<sup>28</sup>. S'agit-il d'un préjudice objectif, d'un préjudice subjectif et collectif ou encore d'un préjudice moral spécifique ? Il faut rappeler à cette occasion que la Cour de cassation affirme maintenant régulièrement la possibilité pour les associations de protection de l'environnement d'être indemnisées pour le préjudice moral qu'elles subissent du fait d'une atteinte aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre.

Cette possibilité de reconnaître l'existence d'un préjudice écologique est effectivement étroitement liée à la question de savoir qui peut agir pour demander réparation.

Le droit français à cette question a répondu par l'exclusion *a priori* du recours par un individu, le préjudice écologique étant un préjudice collectif et non pas individuel.

Il a en revanche admis l'action des victimes institutionnelles qui peuvent agir pour la protection de l'environnement par le biais de l'habilitation légale.

Selon l'article L. 142-2 du Code de l'environnement, les associations agréées peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, ... et non agréées pour les législations eau, ICPE et

---

<sup>28</sup> Elle pourrait néanmoins trouver appui sur le considérant 5 de la décision du Conseil Constitutionnel qui reconnaît une action en responsabilité sur le fondement de la violation d'une obligation de vigilance environnementale à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourrait résulter de son activité. En effet la responsabilité peut avoir lieu ainsi en l'absence de préjudice personnel puisque seule l'atteinte à l'environnement est ciblée, décision n° 2011-116 du 08 avril 2011, QPC sur l'art. L 112-16 du CCH, V. F.-G. TRÉBULLE, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », *RDI* n° 7/8, 2011, p. 369.

peuvent donc demander réparation des atteintes portées aux intérêts collectifs environnementaux.

De même, sont habilitées, les personnes publiques énumérées exhaustivement par l'article L. 132-1 du Code de l'environnement qui ont en charge certains de ces intérêts collectifs environnementaux. Depuis la loi du 1<sup>er</sup> août 2008, il faut ajouter à ces personnes identifiées comme représentant ces intérêts collectifs environnementaux, les collectivités territoriales et leurs groupements<sup>29</sup>.

Ainsi la Cour d'appel a octroyé à ces différents demandeurs une réparation pour préjudice écologique des dommages causés par la marée noire de l'Erika. Les associations de protection de l'environnement (qui l'ont demandé) ont ainsi obtenu à titre de dommages et intérêts 300.000 euros pour la Ligue de protection des oiseaux, 50.000 euros pour l'association Robin des Bois et 20.000 euros pour L'Union Fédérale des Consommateurs de Brest.

Les communes ont obtenu entre 100.000 à 350.000 euros, les départements 1.000.000 d'euros (départements de Vendée, du Finistère et du Morbihan) et les régions entre 1.000.000 d'euros pour la région Poitou Charente et 3.000.000 d'euros pour les régions des Pays de la Loire et Bretagne.

Cette décision met en lumière la volonté de reconnaître ce préjudice écologique mais aussi toute la difficulté de reconnaître la possibilité de demander réparation d'un préjudice non personnel. En effet, il ressort de cette décision un double problème : un cumul évident d'indemnisation entre les différentes collectivités et l'impossibilité d'imposer pour les sommes perçues au titre de l'indemnisation leur affectation à la réparation effective des dommages causés à l'environnement, les collectivités territoriales notamment pouvant parfaitement utiliser ces sommes attribuées pour la concrétisation d'intérêts opposés à l'environnement (route, complexe industriel, lotissement).

Mais ces difficultés trouvent leur origine, il faut le souligner, non pas dans la recevabilité ou le bien-fondé de la demande en réparation des atteintes à l'environnement mais dans les modalités de cette réparation.

Ces problèmes de cumul d'indemnisation ou de non affectation des sommes perçues pourraient être résorbés en grande partie par l'attribution par le juge d'une réparation en nature, ce en quoi les mesures de réparation prévues dans la DRE puis la LRE pourraient servir de modèle.

---

<sup>29</sup> Art. L. 142-4 du C. env. « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect au territoire sur lequel ils exercent leurs compétences et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement ainsi qu'aux textes pris pour leur application ».

B. – *La réparation en nature, une modalité de réparation adaptée à la spécificité du préjudice écologique et donc à privilégier*

En principe lorsque le juge octroie une réparation dans le cadre de la responsabilité civile, il a le choix entre trois modalités de réparation : la remise dans l'état initial, la réparation par compensation monétaire ou indemnisation (la plus fréquente)<sup>30</sup> et la réparation par compensation en nature.

Cette liberté du juge est encadrée par le principe de réparation intégrale qui a deux conséquences. Tout d'abord doit être réparé tout le dommage mais rien que le dommage, ce qui pose la question du cumul d'indemnisation dans la décision de la Cour d'appel de Paris. Ensuite ce même principe exige aussi une réparation adéquate au dommage c'est-à-dire une équivalence maximale entre la réparation et le dommage. En effet, ce principe guide le juge pour adapter au mieux les modalités de réparation aux progrès scientifiques et technologiques et donc aux nouvelles possibilités de dépollution ou de restauration.

Ainsi, le respect de ce principe de réparation intégrale et la transposition de la DRE dans notre droit français devraient entraîner une évolution, un changement dans le choix des modalités de réparation.

Le juge devrait, au nom de ce principe, privilégier la réparation en nature pour deux raisons. La première raison est que l'intérêt lésé est extra-patrimonial, sans valeur monétaire, la nature, l'environnement étant non marchand. La seconde raison est que l'atteinte factuelle est susceptible de réparation en nature aux vues des progrès dans l'ingénierie écologique et de la DRE qui exclut toute indemnisation et consacre trois catégories de mesures de réparation. Tout d'abord, les mesures primaires organisant la remise à l'état initial qui ont pour objectif de remettre en l'état initial, ou dans un état s'en approchant, les ressources naturelles ou les services endommagés. Ensuite, les mesures complémentaires réparant par équivalents naturels ce qui ne peut être rétabli qui poursuivent comme objectif lorsque le retour à l'état initial n'a pas lieu de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparable à celui qui aurait été fourni si l'état initial du site endommagé avait été rétabli, y compris, selon le cas, sur un autre site. Et pour finir, les mesures compensatoires réparant le dommage temporaire par équivalence naturelle entreprennent afin de compenser les pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services qui surviennent entre la date de survenance d'un dommage et le moment où la réparation primaire a

---

<sup>30</sup> V. CA Paris, pôle 4, ch. 11 E, 30 mars 2010, n° 08/02278, p. 436 sur la réparation du préjudice subi par la LPO. « Le préjudice écologique "pur" consécutif à cette atteinte ne peut faire l'objet de mesures de réparation comme cela a déjà été rappelé et ne peut faire l'objet que d'une mesure de compensation pécuniaire ».

pleinement produit son effet qui ont pour objectif de compenser les pertes provisoires de ressources naturelles et de services en attendant la régénération et consistent à apporter des améliorations aux habitats naturels et aux espèces protégées ou aux eaux soit *in situ* soit *ex situ*.

Sur ce modèle, le juge civil pourrait ordonner la remise en état de l'élément environnemental atteint et si ce n'est pas possible ou que partiellement possible, il pourrait prévoir qu'une autre réparation puisse s'y substituer ou s'y adjoindre : la réparation par compensation en nature. Le juge peut en effet exiger du responsable des opérations de restauration écosystémique comme la réintroduction d'une colonie d'une espèce proche de celle disparue ou la restauration d'un site naturel équivalent. Une réparation en nature tend en effet à un rééquilibrage des écosystèmes perturbés avec une évaluation monétaire non pas des atteintes en tant que telles (comment fixer le prix du cormoran ou du grand hamster), mais du coût de la réparation (combien va coûter cette réintroduction de spécimens, amélioration de ses conditions de vie via le milieu).

Les intérêts de privilégier cette modalité de réparation en nature en cas de préjudice écologique sont nombreux. Le responsable est débiteur d'une obligation de faire qui peut éventuellement faire l'objet d'une exécution forcée et dont il a la charge financière et la responsabilité de son exécution. Le responsable est obligé de payer le coût des travaux de réparation en nature c'est-à-dire de remise en état ou d'équivalence naturelle, ce qui permet une affectation des sommes versées à la restauration de l'environnement contrairement à l'indemnisation. Et cette modalité évite de donner un prix à la nature qui n'est pas un bien marchand. Pour finir, la réparation en nature devrait éviter les cumuls de réparation dus à l'octroi de dommages et intérêts aux différents demandeurs puisque la réparation en nature du préjudice écologique aura lieu concrètement sur le terrain.

Pour conclure, le juge judiciaire par la mise en œuvre de ce mécanisme qu'est la responsabilité civile participe au respect de l'environnement constitutionnellement protégé dans les conflits de droit privé et au-delà, nous l'avons vu, de la classique théorie des troubles anormaux du voisinage.

La responsabilité civile peut venir en appui des réglementations environnementales, elle doit alors s'articuler avec les mesures prises en droit administratif ou en droit pénal pour tendre vers cet objectif prioritaire et constitutionnel de protection de l'environnement. Mais il reste encore de nombreuses zones d'ombre à éclaircir et des difficultés à résoudre. L'arrêt attendu de la Cour de cassation dans l'affaire *Erika* devrait nous apporter, espérons, quelques réponses.





# **DROIT EUROPÉEN**



**LES EXIGENCES CONVENTIONNELLES  
DE L'ADHÉSION DE L'UNION EUROPÉENNE  
À LA CONVENTION EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME\***

Corneliu-Liviu POPESCU\*\*

ASPECTS LIMINAIRES

Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne (les anciennes Communautés européennes) ont presque le même âge (tous les deux sont nés juste après la Seconde Guerre mondiale), existent dans la même région du monde (l'Europe) et ont un but identique (la préservation de la paix en Europe et, par cela, dans le monde).

Les deux entités, tout en ayant un but similaire, étaient très différentes après leur naissance, car les moyens mis à leur disposition pour atteindre leur but étaient différents. Pour le Conseil de l'Europe, le moyen est celui de la préservation des régimes démocratiques, par la consécration et la garantie des droits de l'homme. Par contre, pour le Communautés dans leur forme initiale, le moyen était purement économique.

Cependant, partageant les mêmes valeurs fondamentales, les deux entités, au fil du temps, se sont forcément rapprochées. La complicité s'est forgé dans le domaine des droits de l'homme, car si ceux-ci sont présents depuis toujours au sein du Conseil de l'Europe, les anciennes Communautés européennes se sont dotées, progressivement, d'une importante dimension droits de l'homme.

Ainsi, « l'humanisation » communautaire, puis unionale, a utilisé une procédure inverse à celle qui a permis l'évolution des droits de l'homme au

---

\* Conférence présentée le 18 juin 2011 lors des XV<sup>e</sup> Journées franco-roumaines de droit comparé, Strasbourg, 17 et 18 juin 2011.

\*\* Professeur agrégé des Facultés de droit, Université de Bucarest, Faculté de droit.

sein du Conseil de l'Europe.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le point de départ est représenté par un texte conventionnel (la Convention européenne des droits de l'homme), enrichi par la jurisprudence (de la Cour européenne des Droits de l'Homme), aboutissant à un bloc de conventionnalité, où la source conventionnelle et la source jurisprudentielle ont la même portée. Le droit européen conventionnel et jurisprudentiel des droits de l'homme a une nature mixte, car il est fondé à la fois sur le texte écrit, sur la codification (comme dans le droit romano-germanique), et sur le précédent judiciaire (comme dans le droit anglo-saxon). Si on dit que la Constitution des États-Unis n'est que ce que la Cour suprême dit, cela est également vrai pour le droit du Conseil de l'Europe : la Convention européenne des droits de l'homme n'est que ce que la Cour européenne des Droits de l'Homme dit qu'elle est.

Par contre, le droit communautaire originaire (conventionnel) initial ne comportait rien de comparable à un système de protection des droits de l'homme. L'aventure sur ce terrain constitue un enrichissement. L'origine des droits de l'homme dans l'ancien droit communautaire est liée à la jurisprudence de la Cour de justice des (anciennes) Communautés européennes, donc elle est de nature prétorienne. C'est la Cour de Luxembourg qui a progressivement statué que le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect<sup>1</sup>, que ces droits fondamentaux découlent des traditions constitutionnelles communes des États membres<sup>2</sup> et de leurs engagements internationaux conventionnels communs en matière de droits de l'homme<sup>3</sup>, dont une place primordiale doit être reconnue à la Convention

---

<sup>1</sup> Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 12 nov. 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm - Sozialamt*, aff. 29-69 : « Qu'ainsi interprété, la disposition litigieuse ne relève aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect ».

<sup>2</sup> Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70 : « Qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice assure le respect ; Que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres [...] ».

<sup>3</sup> Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. 4-73 : « Attendu que, ainsi que la Cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect, qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États ; Que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ».

européenne des droits de l'homme<sup>4</sup> et que celle-là doit être interprétée et appliquée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ces accumulations jurisprudentielles ont ultérieurement été formalisées dans un texte (la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), source *sui generis* d'abord, puis source conventionnelle (dans l'ex-Traité établissant une Constitution pour l'Europe, à présent dans le Traité de Lisbonne). La conventionnalisation de la jurisprudence est donc la voie inverse à celle utilisée par le Conseil de l'Europe, où on est en présence d'un texte enrichi par la jurisprudence.

Ayant le même âge, partageant le même espace régional et ayant le même but originaire, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne finissent par collaborer et se superposer, sur le terrain à présent commun des droits de l'homme. Les influences sont réciproques.

Pour le droit unional (ex-communautaire) des droits de l'homme, la jurisprudence luxembourgeoise a reconnu la place particulière de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans la configuration juridique des droits fondamentaux comme principe général du droit communautaire, puis unional. De même, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame la nécessité de son interprétation conforme à la Convention et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, selon le modèle de subsidiarité<sup>5</sup>.

À son tour, le droit européen conventionnel et jurisprudentiel des droits de l'homme, par la bouche du juge strasbourgeois (cet oracle permanent du

---

<sup>4</sup> Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 28 oct. 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, aff. 36-75.

<sup>5</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02) : « La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par l'Union et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans ce contexte, la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des États membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention européenne » (préambule) ; « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». (art. 52, « Portée et interprétation des droits et des principes », para. 3) ; « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres » (art. 53, « Niveau de protection »).

texte de la Convention), reconnaît le principe de l'équivalence de protection des droits de l'homme entre les deux systèmes et institue une présomption de respect des droits de l'homme figurant dans la Convention par l'Union européenne<sup>6</sup>.

Cette influence réciproque, qui dure déjà de longue date, abouti à une formalisation juridique, processus qui est en cours. Il y a eu de longues fiançailles et le mariage est prêt<sup>7</sup>.

Du point de vue politique et substantiel, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme assurera une plus grande cohérence en matière des droits de l'homme en Europe et permettra de soumettre les institutions de l'Union européenne à un contrôle extérieur en matière des droits de l'homme, sans impliquer un quelconque lien de subordination entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe<sup>8</sup>.

Du point de vue technique, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme représente l'adhésion d'une organisation internationale à un traité international multilatéral, auquel des États sont parties. La technique est celle conventionnelle, à savoir un traité impliquant au moins une organisation internationale.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des

---

<sup>6</sup> Cour européenne des Droits de l'Homme - Grande Chambre, arrêt du 30 juin 2005, aff. *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, Req. n° 45036/98 : « De l'avis de la Cour, une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention [...]. Par « équivalente », la Cour entend « comparable » : toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi [...]. Toutefois, un constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux. Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale [...]. Dans ces conditions, la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, « équivalente » [...] à celle assurée par le mécanisme de la Convention. Par conséquent, on peut présumer que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne [...] ».

<sup>7</sup> P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 381.

<sup>8</sup> Rapport de Jean-Claude JUNCKER, Conseil de l'Europe - Union européenne : « Une même ambition pour le continent européen », 11 avril 2006.

droits de l'homme se réalise en deux étapes : une étape déjà accomplie, celle de la conventionnalisation séparée, et une étape en cours de négociations, celle de la conventionnalisation conjointe.

## I. UNE ÉTAPE FRANCHIE : LA CONVENTIONNALISATION SÉPARÉE

L'étape de la conventionnalisation séparée est partie de la double impossibilité conventionnelle initiale pour arriver à une double modification conventionnelle séparée.

### A. – *La double impossibilité conventionnelle initiale*

À l'origine, ni le droit du Conseil de l'Europe, ni le droit communautaire ne permettaient l'adhésion des Communautés, puis de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi, comme traité international conclu dans le cadre du Conseil de l'Europe (organisation internationale composée uniquement des États), la Convention européenne des droits de l'homme est ouverte pour signature et ratification uniquement aux membres du Conseil de l'Europe<sup>9</sup>. À son tour, le traité constitutif de cette organisation internationale reconnaît la vocation de devenir membre uniquement aux États<sup>10</sup>.

Il faut remplir donc deux conditions cumulatives pour devenir partie à la Convention : être un État (et non pas un autre sujet du droit international) et être membre du Conseil de l'Europe. Or, il est évident qu'en tant qu'organisation internationale, les Communautés, puis l'Union européenne ne remplissent ni la condition d'être un État, ni celle d'être membre du Conseil de l'Europe. Le droit du Conseil de l'Europe empêchait donc de manière claire et nette toute possibilité d'adhésion des Communautés et de l'Union européenne à la Convention.

À son tour, le droit communautaire ne permettait pas aux Communautés européennes l'adhésion à la Convention<sup>11</sup>. Selon la Cour de justice des

---

<sup>9</sup> Convention européenne des droits de l'homme, amendée par le Protocole n° 11 : « La présente Convention est ouverte à la signature des membres du Conseil de l'Europe. Elle sera ratifiée. [...] » (art. 59 para. 1<sup>er</sup>).

<sup>10</sup> Statut du Conseil de l'Europe : « Les membres du Conseil de l'Europe sont les Parties au présent Statut » (art. 2) ; « Tout État européen capable de se conformer aux dispositions de l'article 3 et comme en ayant la volonté peut être invité par le Comité des Ministres à devenir membre du Conseil de l'Europe [...] » (art. 4).

<sup>11</sup> V. aussi : J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, p. 952 ; J.H.H. WEILER, S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme pour la

Communautés européennes, la Communauté européenne n'a que des compétences d'attribution et, en l'absence des compétences conventionnelles spécifiques expresses ou implicites de conclure des traités internationaux en matière des droits de l'homme, l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme entrainera pour la Communauté européenne un changement substantiel du régime communautaire, or une telle modification ne saurait être réalisée que par la voie de la modification du traité constitutif<sup>12</sup>.

Si l'obstacle à l'adhésion est net, il n'est guère insurmontable, car aucune opposition de principe n'est fondée.

D'un côté, le droit du Conseil de l'Europe accepte l'adhésion de la Communauté européenne à certains traités en matière de droits de l'homme conclus au sein de cette organisation<sup>13</sup>.

D'un autre côté, la Cour de justice des Communautés européennes accepte la compétence de la Communauté européenne de devenir partie à des traités internationaux en matière de droits de l'homme. Son objection n'est pas liée à la capacité de la Communauté européenne de conclure des traités internationaux en matière de droits de l'homme, mais à l'impact sur le droit communautaire de l'intégration dans un système institutionnel de contrôle. Au surplus, l'objection ne vise que l'état du droit communautaire originaire de l'époque, sans exclure la possibilité d'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, tout en respectant une obligation juridique antérieure : la modification appropriée du traité constitutif de la Communauté européenne.

Il est évident qu'une adhésion de la Communauté ou de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ne puisse être réalisée qu'après des modifications conventionnelles appropriées dans les deux ordres juridiques (le droit du Conseil de l'Europe et le droit communautaire, puis unional).

On constate donc un timide rapprochement de positions dans les deux ordres juridiques, dans le but de rendre possible l'adhésion de la

---

Communauté et l'Union européenne : la question des compétences », in P. ALSTON (dir.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 148-150.

<sup>12</sup> Cour de justice des Communautés européennes, avis du 28 mars 1996, aff. 2/94 : « En l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

<sup>13</sup> E.g. : la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants ; la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine et ses Protocoles additionnels ; la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et le Protocole additionnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données ; la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels.



Communauté ou de l'Union européenne à la Convention.

Les deux organisations internationales ont la capacité et l'intention de faire le nécessaire pour aboutir à l'adhésion.

#### B. – *La double modification conventionnelle séparée*

À la fois le Conseil de l'Europe et l'Union européenne se sont engagées sur la voie des modifications conventionnelles, afin de rendre possible l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>14</sup>.

Pour sa part, au sein du Conseil de l'Europe<sup>15</sup>, la Convention a été amendée par le Protocole n° 14, qui donne à présent la possibilité à l'Union européenne d'adhérer à la Convention<sup>16</sup>. Comme l'Union européenne est un tiers par rapport au Conseil de l'Europe et à la Convention (et cela jusqu'à l'adhésion), la rédaction du texte ne peut pas être impérative, mais uniquement dispositive : il s'agit d'une simple possibilité ou faculté, et non pas d'une obligation pour l'Union européenne d'adhérer à la Convention. En d'autres termes, les États parties à la Convention ont présenté à l'Union européenne l'offre d'adhésion, mais l'accord de volontés sera réalisé si l'Union européenne accepte l'offre et exprime sa volonté de devenir partie à la Convention.

Le Rapport explicatif au Protocole n° 14 indique que la Convention a été amendée en vue de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention. Le nouveau texte prévoit cette possibilité, afin de prendre en compte les développements qui ont eu lieu au sein de l'Union européenne, notamment dans le contexte du projet de traité constitutionnel, en ce qui concerne l'adhésion à la Convention.

Dans le même sens, le droit unional a assumé la possibilité et l'obligation conventionnelle d'adhésion de l'Union européenne à la Convention, tout d'abord par le Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>17</sup>, puis, suite à l'échec de l'entrée en vigueur dudit traité, par le Traité de Lisbonne.

<sup>14</sup> V. aussi : J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, pp. 953-954.

<sup>15</sup> V. aussi : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2010, p. 164 ; C. BÎRSAN, *Conventia europeana a drepturilor omului [Convention européenne des droits de l'homme]*, 2<sup>e</sup> éd., Bucarest, C.H. Beck, 2010, pp. 1639-1640.

<sup>16</sup> Convention européenne des droits de l'homme, dans sa forme amendée par le Protocole n° 14 : « L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention » (art. 59 para. 2).

<sup>17</sup> V. aussi : C. OVEY, R. C.A.WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 4<sup>th</sup> edition, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 519 ; H. J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context*, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1016.

L'article I-9 para. 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe constitue la première expression conventionnelle (même avortée) de la volonté juridique de l'Union européenne d'adhérer à la Convention<sup>18</sup>.

L'engagement juridique est repris dans le Traité sur l'Union européenne (suite au Traité de Lisbonne)<sup>19</sup>, dans son article 6 para. 2, ayant un contenu et une portée similaires<sup>20</sup>.

Cette fois-ci, s'agissant d'un engagement juridique propre, il est question non seulement d'une simple faculté, mais d'une obligation juridique<sup>21</sup>. En d'autres termes, l'Union européenne s'est fixée elle-même l'obligation juridique conventionnelle d'adhérer à la Convention. Elle ne s'est pas limité à inscrire dans le droit unional originaire la possibilité d'adhésion (tout en préservant la décision sur l'adhésion proprement-dite), mais elle s'est imposée cette obligation d'adhésion, qui doit être concrétisée. Le caractère obligatoire pour l'Union européenne de l'adhésion à la Convention a été souligné par la Commission de Venise pour la démocratie par le droit<sup>22</sup>.

Par cette double modification conventionnelle séparée, les obstacles à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ont été levés.

La portée de cette double modification conventionnelle est donc différente : si la révision de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait qu'offrir à l'Union européenne la possibilité d'y adhérer, si elle le souhaite, la révision du droit unional originaire va beaucoup plus loin est fixe pour l'Union européenne l'obligation d'adhésion, comme obligation de résultat.

Il ne s'agit pas de l'adhésion proprement-dite, mais uniquement des engagements juridiques unilatéraux et séparés.

Le Rapport explicatif au Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme souligne que des modifications additionnelles à la Convention seront nécessaires afin de rendre une telle adhésion possible d'un point de vue juridique et technique. En d'autres termes, les

---

<sup>18</sup> Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. [...] » (art. I-9 para. 2).

<sup>19</sup> V. aussi : D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, Ed. P. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 28.

<sup>20</sup> Traité sur l'Union européenne, version consolidée suite au Traité de Lisbonne : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. [...] » (art. 6 para. 2).

<sup>21</sup> V. aussi : F. SUDRE, *op. cit.*, p. 164.

<sup>22</sup> Commission de Venise pour la démocratie par le droit, Commentaires sur l'adhésion de l'Union européenne / Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 12 oct. 2007, Strasbourg, CDL (2007) 096.

modifications conventionnelles séparées sont nécessaires, mais pas suffisantes pour l'adhésion.

Il reste à parcourir l'étape concrète de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, par une conventionnalisation conjointe.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en 2008, a recommandé au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'entamer immédiatement des négociations avec l'Union européenne en tenant compte de la spécificité de l'Union européenne, afin de garantir l'adoption rapide des instruments d'adhésion<sup>23</sup>.

## II. UNE ÉTAPE À PARCOURIR : LA CONVENTIONNALISATION CONJOINTE

La conventionnalisation conjointe suppose un processus actuel de négociation d'un accord d'adhésion, ainsi que la question d'une possible adhésion à d'autres traités en matière de droits de l'homme et au Statut du Conseil de l'Europe.

### A. – *Un accord d'adhésion*

La question de la conventionnalisation conjointe doit être analysée à la fois quant à la forme qu'au contenu du traité.

#### *1. La forme conventionnelle*

Depuis longtemps, la question de la forme juridique de l'adhésion de la Communauté, puis de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme s'est posée.

Le Rapport du 28 juin 2002 du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du Conseil de l'Europe - Questions juridiques et techniques d'une adhésion éventuelle des CE / de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>24</sup> identifie les questions juridiques

---

<sup>23</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1834 (2008) - Adhésion de l'Union européenne / Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, discussion et adoption le 17 avril 2008, lors de la 17<sup>e</sup> séance : « L'Assemblée parlementaire, rappelant sa Résolution 1610 (2008) sur l'adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, recommande au Comité des Ministres d'entamer immédiatement des négociations avec l'Union européenne sur l'instrument d'adhésion, sur les modalités de l'adhésion et sur ses implications procédurales, en tenant compte de la spécificité de l'Union européenne, afin de garantir l'adoption rapide des instruments d'adhésion ».

<sup>24</sup> Conseil de l'Europe, CDDH (2002) 010 Addendum 2, 28 juin 2002, 53<sup>e</sup> réunion,

soulevées par cette adhésion.

Comme condition préalable à l'adhésion des Communautés ou de l'Union européenne à la Convention, le Rapport CDDH fait mention de la modification du texte de la Convention permettant uniquement aux membres du Conseil de l'Europe de ratifier la Convention.

Quant à la forme, deux options sont indiquées dans ce Rapport : un protocole d'amendement à la Convention ou un traité d'adhésion<sup>25</sup>. Le CDDH prend soin de noter que ces deux solutions sont techniquement réalisables en tant que modalité de l'adhésion du point de vue du droit des traités, tout en considérant que le choix de l'option à retenir est une question qui dépasse son mandat.

Le Rapport explicatif au Protocole n° 14 à la Convention (négocié avant les modifications apportées au droit unional) parle du fait qu'au moment de la rédaction du Protocole, il n'était pas encore possible de commencer à négocier – et encore moins de conclure – un accord avec l'Union européenne sur les termes d'une éventuelle adhésion de cette dernière à la Convention, simplement parce que l'Union européenne ne disposait pas encore de la compétence pour le faire. Il était de ce fait impossible d'inclure dans le Protocole n° 14 les autres modifications à la Convention nécessaires pour permettre une telle adhésion. Par conséquent, une seconde procédure de ratification sera nécessaire pour ce qui est de ces modifications supplémentaires, qu'elles soient incluses dans un protocole d'amendement ou dans un traité d'adhésion. De même, bien que le CDDH ait exprimé une préférence pour la solution d'un traité d'adhésion, il a été jugé préférable de ne pas faire référence à un possible traité d'adhésion dans le Protocole n° 14, afin de garder toutes les options ouvertes dans le futur.

Les deux options de forme sont donc le protocole d'amendement et le traité (l'accord) d'adhésion.

#### *a) L'option du protocole d'amendement*

La première option contenue dans le Rapport du CDDH est celle d'un Protocole d'amendement à la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon le Rapport du CDDH, tout protocole d'amendement à la Convention conclu jusqu'à maintenant prévoyait l'entrée en vigueur après la signature et la ratification ou l'acceptation par tous les États parties à la Convention, ce qui prend en règle générale quelques années.

En théorie, en vue d'accélérer l'entrée en vigueur d'un protocole d'amendement, une « clause d'acceptation tacite » pourrait être envisagée.

---

Strasbourg, 25 - 28 juin 2002.

<sup>25</sup> V. aussi : S. GREER, *The European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 54.

Une telle clause a été insérée dans le Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontière, prévoyant l'entrée en vigueur automatique après l'expiration d'un délai de deux années, en l'absence de toute objection. L'utilisation d'une telle clause n'empêche pas les États de recourir à leurs procédures internes classiques et de déposer un instrument de ratification ou d'acceptation. Cependant, après la période fixée, le Protocole entrerait en vigueur automatiquement, à moins qu'une partie à la Convention notifie une objection à son entrée en vigueur au Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

En revanche, selon le Rapport du CDDH, une telle procédure d'acceptation tacite a été seulement utilisée au Conseil de l'Europe, et plus généralement dans la pratique des traités internationaux, pour des instruments relativement techniques soulevant quelques questions politiques mineures. Ce qui est loin d'être le cas pour l'adhésion des Communautés européennes / de l'Union européenne, qui serait, en toute hypothèse, une innovation majeure ayant des conséquences importantes pour le mécanisme de contrôle de la Convention et soulevant clairement de nombreuses questions politiques importantes. L'entrée en vigueur d'un tel instrument sans le consentement exprès de toutes les parties à être liées serait sans précédent, et par conséquent insusceptible d'être considérée comme adéquate ou acceptable par les hautes parties contractantes à la Convention.

En conclusion, la première formule juridique est celle de l'adoption, par tous les États parties à la Convention, d'un protocole d'amendement à la Convention, permettant l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, suivie de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention amendée, par le dépôt de l'instrument d'adhésion.

*b) L'option du traité (de l'accord) d'adhésion*

La deuxième option identifiée dans le Rapport du CDDH est celle d'un traité d'adhésion, conclu entre tous les États parties à la Convention et les Communautés européennes ou l'Union européenne.

Tous les sujets de droit international impliqués (les États parties à la Convention et l'Union européenne) doivent parcourir les étapes prévues dans leur ordre juridique propre (le droit national, respectivement le droit unional) pour exprimer le consentement d'être liés par ce traité international.

Trois différences sont mentionnées dans le Rapport du CDDH entre l'option du protocole d'amendement et celle du traité d'adhésion :

- les Communautés ou l'Union européenne en tant que telle(s) serai(en)t directement liée(s) par toutes les dispositions du traité d'adhésion, et notamment celles qui n'amendent pas la Convention d'origine ou ses Protocoles ;

- au lieu d'avoir une procédure en deux temps (d'abord l'adoption et la ratification du protocole d'amendement par tous les États parties à la Convention, et ensuite l'adhésion par les Communautés ou par l'Union européenne à la Convention telle qu'amendée), il y aurait une seule procédure qui pourrait résulter du fait pour les Communautés ou pour l'Union européenne d'être partie(s) à la Convention révisée dès l'entrée en vigueur du traité d'adhésion ; des dispositions pourraient être prévues pour l'adhésion des Communautés ou de l'Union européenne à des protocoles additionnels simultanément ou ultérieurement ;

- un traité d'adhésion pourrait plus facilement comprendre tous les différents types de dispositions, visant les amendements aux textes existants, les dispositions additionnelles et les questions administratives et techniques, ainsi que des clauses relatives aux traités auxiliaires.

C'est le droit unional qui a opté sans équivoque pour la solution technique d'un accord (traité) d'adhésion<sup>26</sup>. Ainsi, l'article III-325 para. 6.a.ii du Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit qu'en tant qu'accord entre l'Union européenne et d'autres sujets du droit international, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention doit respecter la procédure fixée par ce texte. De la même manière, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans son article 218 para. 6.a.ii, indique clairement la forme d'un accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

Le droit unional régit non seulement la forme conventionnelle de l'accord d'adhésion, mais également la procédure à suivre par les institutions unionales. En vertu de l'article III-325 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, pris conjointement avec les articles III-303 et III-323, l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention est conclu par le Conseil, après approbation (et non pas après consultation, comme c'est la règle générale) du Parlement européen<sup>27</sup>. Selon les articles

---

<sup>26</sup> V. aussi : P. AUVRET, *op. cit.*, p. 383.

<sup>27</sup> Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « L'Union peut conclure des accords avec un ou plusieurs États ou organisations internationales dans les domaines relevant du présent chapitre » (art. III-303) ; « 1. L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque la Constitution le prévoit ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par la Constitution, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. 2. Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres » (art. III-323) ; « 2. Le Conseil autorise l'ouverture des négociations, arrête les directives de négociation, autorise la signature et conclut les accords. 3. La Commission, ou le ministre des Affaires étrangères de l'Union lorsque l'accord envisagé porte exclusivement ou principalement sur la politique étrangère et de sécurité commune, présente des recommandations au Conseil, qui adopte une décision européenne autorisant l'ouverture des négociations et désignant, en fonction de la matière de l'accord envisagé, le négociateur ou le chef de l'équipe de négociation de l'Union. 4. Le Conseil peut adresser des

216 et 218 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme se fait par un accord conclu par le Conseil (statuant à l'unanimité, et non pas à la majorité qualifiée, comme c'est la règle générale), et après approbation du Parlement européen (et non pas après consultation, comme c'est la règle générale) ; au surplus, la décision du Conseil après approbation du Parlement européen portant conclusion de cet accord d'adhésion entre en vigueur après son approbation par les États membres de l'Union européenne, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives<sup>28</sup>.

On constate que le droit unional en vigueur impose trois conditions

---

directives au négociateur et désigner un comité spécial, les négociations devant être conduites en consultation avec ce comité. 5. Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision européenne autorisant la signature de l'accord et, le cas échéant, son application provisoire avant l'entrée en vigueur. 6. Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision européenne portant conclusion de l'accord. Sauf lorsque l'accord porte exclusivement sur la politique étrangère et de sécurité commune, le Conseil adopte la décision européenne de conclusion de l'accord: a) après approbation du Parlement européen dans les cas suivants : [...] ii) adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; [...] Le Parlement européen et le Conseil peuvent, en cas d'urgence, convenir d'un délai pour l'approbation. [...] 8. Tout au long de la procédure, le Conseil statue à la majorité qualifiée. Toutefois, il statue à l'unanimité lorsque l'accord porte sur un domaine pour lequel l'unanimité est requise pour l'adoption d'un acte de l'Union ainsi que pour les accords d'association et les accords visés à l'article III-319 avec les États candidats à l'adhésion. [...] » (art. III-325).

<sup>28</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, version consolidée suite au Traité de Lisbonne : « 1. L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. 2. Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres » (art. 216) ; « 2. Le Conseil autorise l'ouverture des négociations, arrête les directives de négociation, autorise la signature et conclut les accords. 3. La Commission, ou le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité lorsque l'accord envisagé porte exclusivement ou principalement sur la politique étrangère et de sécurité commune, présente des recommandations au Conseil, qui adopte une décision autorisant l'ouverture des négociations et désignant, en fonction de la matière de l'accord envisagé, le négociateur ou le chef de l'équipe de négociation de l'Union. 4. Le Conseil peut adresser des directives au négociateur et désigner un comité spécial, les négociations devant être conduites en consultation avec ce comité. 5. Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision autorisant la signature de l'accord et, le cas échéant, son application provisoire avant l'entrée en vigueur. 6. Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision portant conclusion de l'accord. Sauf lorsque l'accord porte exclusivement sur la politique étrangère et de sécurité commune, le Conseil adopte la décision de conclusion de l'accord : a) après approbation du Parlement européen dans les cas suivants : [...] ii) accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; [...]. Le Parlement européen et le Conseil peuvent, en cas d'urgence, convenir d'un délai pour l'approbation; 8. Tout au long de la procédure, le Conseil statue à la majorité qualifiée. [...] Le Conseil statue [...] à l'unanimité pour l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; la décision portant conclusion de cet accord entre en vigueur après son approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. [...] » (art. 218).

spéciales pour la conclusion, par l'Union européenne, de l'accord d'adhésion à la Convention, plus sévères que les règles ordinaires applicables à la conclusion par l'Union européenne d'un traité international :

- les décisions du Conseil visant l'autorisation de l'ouverture des négociations, les directives de négociation, l'autorisation de la signature de l'accord et la conclusion de l'accord sont adoptées à l'unanimité, et non pas à la majorité qualifiée (comme pour la majorité des accords) ;

- la décision du Conseil de conclusion de l'accord est adoptée par le Conseil après approbation du Parlement, et non pas après consultation du Parlement (comme pour la majorité des accords) ;

- la décision du Conseil de conclusion de l'accord n'entre en vigueur qu'après son approbation par tous les États membres de l'Union européenne, selon leurs règles constitutionnelles internes (situation juridique unique pour l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention, qui n'est donc imposée pour aucun autre accord de l'Union européenne).

La procédure interne visant l'expression, par l'Union européenne, de son accord pour être liée par l'accord d'adhésion à la Convention inclut donc non seulement la volonté des institutions de l'Union européenne (le Conseil et le Parlement), mais également la volonté de tous les États membres de l'Union européenne. De plus, la volonté des institutions de l'Union européenne est exprimée dans les conditions les plus strictes (le Conseil statue à l'unanimité et la position du Parlement européen n'est pas consultative, mais de codécision).

Cela montre l'importance particulière pour l'Union européenne et pour les États membres de l'accord d'adhésion à la Convention. Cependant, nous sommes d'avis que cette procédure très lourde n'est pas totalement justifiée, vu que la décision politique d'adhésion, à caractère obligatoire, a déjà été prise par le Traité de Lisbonne (comme obligation de résultat), et que l'accord d'adhésion n'est que la modalité par laquelle cette obligation est accomplie. L'Union européenne et ses États ne doivent pas se cacher derrière une procédure lourde pour éviter ou pour retarder l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, car ils doivent se montrer de bonne-foi et respecter l'obligation conventionnelle de résultat figurant dans le droit unional originaire après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est montrée mécontente de ces conditions procédurales supplémentaires, qui auront pour effet de ralentir le processus d'adhésion<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1610 (2008) - Adhésion de l'Union européenne / Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, discussion et adoption le 17 avril 2008, lors de la 17<sup>e</sup> séance : « Dans ce contexte, l'Assemblée s'interroge sur l'opportunité des modifications procédurales ajoutées par le Traité de Lisbonne, qui prévoit que la décision sur l'accord portant adhésion de l'Union à la CEDH ne puisse être adoptée



Pour ce qui est du processus concret, la Commission européenne a proposé des directives de négociation en vue de l'adhésion, le 17 mars 2010<sup>30</sup>, et le Conseil de l'Union européenne (ministres de Justice) a approuvé le mandat de négociations pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention lors de sa 3018<sup>e</sup> réunion, tenue à Luxembourg, les 3 et 4 juin 2010<sup>31</sup>. De son côté, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a donné le 26 mai 2010 au Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) un mandat occasionnel pour élaborer avec l'Union européenne l'instrument juridique requis en vue de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention. Les négociations entre la Commission européenne et le Conseil de l'Europe ont commencé le 7 juillet 2010<sup>32</sup>.

Selon la procédure convenue entre les négociateurs de la Commission européenne et les experts du CDDH, il y aura des réunions régulières pour l'élaboration de l'accord d'adhésion. À l'issue du processus, l'accord d'adhésion sera conclu entre les 47 États qui sont à présent parties contractantes à la Convention et l'Union européenne. L'accord d'adhésion, d'un côté, doit être ratifié par les 47 États parties à la Convention et, d'un autre côté, il doit être conclu, au nom de l'Union européenne, par le Conseil (statuant à l'unanimité), après approbation du Parlement européen, la décision du Conseil devant être approuvée par les 27 États membres de l'Union européenne<sup>33</sup>.

Il en résulte que les 27 États membres de l'Union européenne, qui sont tous en même temps parties à la Convention européenne des droits de l'homme, doivent exprimer leur consentement, selon les dispositions constitutionnelles et/ou légales nationales, sur deux aspects : l'approbation de la décision du Conseil de l'Union européenne de conclusion de l'accord d'adhésion (en tant qu'États membres de l'Union européenne) et la ratification de l'accord d'adhésion (en tant qu'États parties à la Convention). Bien évidemment, si le droit national le permet, les deux consentements d'un État membre de l'Union européenne et partie à la Convention peuvent être donnés par un seul et même acte, tout en résultant clairement que les deux consentements distincts sont exprimés.

## 2. Le contenu de l'accord d'adhésion

Le Rapport du CDDH indique six types de questions à inclure dans le

---

par le Conseil de l'Union européenne, à l'unanimité, qu'après approbation du Parlement européen. Ces étapes supplémentaires auront sans doute pour effet de ralentir la procédure d'adhésion » (para. 20).

<sup>30</sup> Commission européenne, Communiqué de presse IP/10/291 du 17 mars 2010.

<sup>31</sup> Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse 10630/1/10 REV 1.

<sup>32</sup> Commission européenne, Communiqué de presse IP/10/906 du 7 juillet 2010.

<sup>33</sup> Commission européenne, Communiqué de presse IP/10/906 du 7 juillet 2010, *supra*.

traité d'adhésion :

- des amendements à la Convention, visant les textes qui figurent déjà dans la Convention ; il s'agit des amendements aux dispositions visant les engagements juridiques conventionnelles (la référence à l'État comme partie contractante), ainsi qu'aux dispositions institutionnelles et de procédure (la représentation de l'Union européenne au sein du Comité des Ministres, comme organe qui surveille l'exécution des arrêts de la Cour ; la qualification des voies de recours internes à épuiser et des cas de litispendance ou d'autorité de la chose jugée internationale par rapport aux juridictions unionales et aux conditions de recevabilité d'une requête ; la participation de l'Union européenne dans les procédures devant la Cour comme partie défenderesse, partie co-défenderesse, *amicus curiae* ou autre ; la situation des affaires « interétatiques » ; le juge à la Cour élu au titre de l'Union européenne ; la possibilité d'une demande faite à la Cour par les juridictions unionales en interprétation de la Convention) ;

- des amendements aux Protocoles à la Convention (le CDDH note que des hésitations ont été exprimées quant à la question de savoir si l'Union européenne serait à même d'adhérer à des Protocoles qui n'ont pas été ratifiés par tous ses États membres ; il a cependant été estimé que cela ne saurait être un obstacle à la préparation, à tout le moins, des instruments en vue de permettre une adhésion ; il a été souligné que la question de l'adhésion aux Protocoles doit en dernier ressort être confiée à l'Union européenne) ;

- des dispositions additionnelles, à savoir des dispositions qui clarifient l'étendue des termes utilisés dans la Convention et qui les adaptent au cas spécial de l'Union européenne (par exemple, des termes ayant une connotation « nationale », comme « nation », « nationale », « pays », « territoriale ») ;

- des questions techniques et administratives qui ne relèvent pas du texte de la Convention, comme les conditions d'une contribution budgétaire de l'Union européenne ;

- des clauses relatives aux accords auxiliaires (l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des Droits de l'Homme et le Sixième Protocole additionnel à l'Accord Général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe) ;

- des dispositions sur l'entrée en vigueur du traité d'adhésion.

Le droit unional contient à son tour des dispositions sur le contenu du traité d'adhésion.

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (art. I-9 para. 2), le Protocole relatif à l'article I-9, paragraphe 2, de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Déclaration n<sup>o</sup> 2 *ad* article I-

9, paragraphe 2 imposaient trois conditions :

- l'accord d'adhésion ne doit pas modifier les compétences de l'Union européenne ; il doit garantir que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention n'affecte ni les compétences de l'Union européenne ni les attributions de ses institutions ; il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention, et notamment de ses Protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention, en cas de situations exceptionnelles, et des réserves à la Convention formulées par les États membres<sup>34</sup> ;

- l'accord d'adhésion doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne et du droit unional, notamment en ce qui concerne : les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union européenne aux instances de contrôle de la Convention ; les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas<sup>35</sup> ;

- aucune disposition de l'accord ne doit affecter la disposition de la Constitution, selon laquelle les États membres de l'Union européenne s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Constitution à un mode de règlement autre que ceux

---

<sup>34</sup> Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « [...] Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution » (art. I-9 para. 2) ; Protocole relatif à l'article I-9, paragraphe 2, de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « L'accord visé à l'article 1er doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions. Il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention européenne, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention européenne, conformément à son article 15, et des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres conformément à son article 57 » (art. 2).

<sup>35</sup> Protocole relatif à l'article I-9, paragraphe 2, de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « L'accord relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée « Convention européenne »), prévue à l'article I-9, paragraphe 2, de la Constitution, doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne : a) les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne ; b) les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas » (art. 1<sup>er</sup>) ; Déclaration ad article I-9, paragraphe 2 : « La Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette Convention ».

prévus par celle-ci<sup>36</sup>.

À présent, le contenu de l'accord d'adhésion est encadré, dans la perspective du droit unional, par le Traité sur l'Union européenne (art. 6 para. 2), par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 344), par le Protocole n<sup>o</sup> 8, relatif à l'article 6, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par la Déclaration n<sup>o</sup> 2 *ad* article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne.

Les trois conditions substantielles y figurent toujours<sup>37</sup>:

- l'accord ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans le droit unional conventionnel<sup>38</sup> ; il doit garantir que l'adhésion n'affecte ni les compétences de l'Union européenne ni les attributions de ses institutions ; il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention, et notamment de ses Protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention, en situations exceptionnelles, et des réserves à la Convention formulées par les États membres<sup>39</sup> ;

- l'accord relatif à l'adhésion doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne et du droit unional, notamment en ce qui concerne les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union européenne aux instances de contrôle de la Convention et les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union européenne, selon le

---

<sup>36</sup> Protocole relatif à l'article I-9, paragraphe 2, de la Constitution sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Aucune disposition de l'accord visé à l'article 1<sup>er</sup> ne doit affecter l'article III-375, paragraphe 2, de la Constitution » (art. 3) ; Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Constitution à un mode de règlement autre que ceux prévus par celle-ci » (art. III-375 para. 2).

<sup>37</sup> V. aussi : F. SUDRE, *op. cit.*, p. 164.

<sup>38</sup> V. aussi : J. REHMAN, *International Human Rights Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Edinburgh, Pearson, 2010, p. 251.

<sup>39</sup> Traité sur l'Union Européenne, version consolidée suite au Traité de Lisbonne : « [...] Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités » (art. 6 para. 2) ; Protocole n<sup>o</sup> 8, relatif à l'article 6, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « L'accord visé à l'article 1<sup>er</sup> doit garantir que l'adhésion de l'Union n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions. Il doit garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention européenne, et notamment de ses protocoles, des mesures prises par les États membres par dérogation à la Convention européenne, conformément à son article 15, et des réserves à la Convention européenne formulées par les États membres conformément à son article 57 » (art. 2).

cas<sup>40</sup> ;

- aucune disposition de l'accord ne doit affecter la règle conventionnelle selon laquelle les États membres de l'Union européenne s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités uniaux à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci<sup>41</sup>.

Il appartient à l'Union européenne de veiller, lors de la négociation de l'accord d'adhésion, au respect des conditions figurant dans son ordre juridique unial.

Le non-respect des conditions de fond ou de procédure par l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention peut être censuré par la Cour de justice de l'Union européenne, en vertu de l'article 218 para. 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, sur saisine de tout État membre de l'Union européenne, du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission. En cas d'avis négatif rendu par la Cour de justice, l'accord ne peut pas entrer en vigueur, et il faut soit modifier l'accord, soit réviser les traités constitutifs de l'Union européenne<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Protocole n° 8, relatif à l'article 6, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « L'accord relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée « Convention européenne »), prévue à l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne : a) les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne ; b) les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas » (art. 1<sup>er</sup>) ; Déclaration n° 2 ad article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne : « La Conférence convient que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. Dans ce contexte, la Conférence constate l'existence d'un dialogue régulier entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, dialogue qui pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à cette Convention ».

<sup>41</sup> Protocole n° 8, relatif à l'article 6, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Aucune disposition de l'accord visé à l'article 1<sup>er</sup> ne doit affecter l'article 344 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (art. 3) ; Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, version consolidée suite au Traité de Lisbonne : « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci » (art. 344).

<sup>42</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, version consolidée suite au Traité de Lisbonne : « Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités » (art. 218 para. 11).

B. – *L'adhésion à d'autres traités concernant les droits de l'homme et au statut du Conseil de l'Europe*

Il est tout à fait possible, voire nécessaire, que l'accord d'adhésion traite d'autres questions que les amendements à la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir des engagements juridiques de l'Union européenne par rapport à des traités internationaux connexes.

Il s'agit surtout de l'Accord de siège entre le Conseil de l'Europe et la France, de l'Accord Général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, du Sixième Protocole additionnel à l'Accord Général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe et de l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

L'accord d'adhésion doit inclure également des dispositions de nature financière, tout en tenant compte du fait que le budget de la Cour fait partie du budget du Conseil de l'Europe.

Comme indiqué dans le Rapport de la CDDH, il est tout à fait possible d'inclure dans cet accord d'adhésion des dispositions sur la composition et le fonctionnement du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, en tant qu'organe qui surveille l'exécution des décisions et des arrêts de la Cour, et cela sans modifier le statut du Conseil de l'Europe, car la compétence exécutoire du Comité des Ministres découle de la Convention (et non pas du Statut du Conseil de l'Europe), qui est *lex specialia* par rapport au traité constitutif de l'organisation.

Toutefois, on voit mal la possibilité pour l'Union européenne (en cas d'inclusion dans l'accord d'adhésion des dispositions sur l'existence d'un juge à la Cour élu au titre de l'Union européenne) de disposer des représentants au sein de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, quand celle-là siège comme organe décisionnel pour l'élection des juges.

Par contre, il n'est pas impossible à imaginer l'adhésion de l'Union européenne au Conseil de l'Europe, mais pour cela il faut réviser le statut du Conseil de l'Europe, afin d'assurer la possibilité à l'Union européenne, et non pas uniquement à des États, de devenir membres de cette organisation internationale régionale. Dans ces conditions, l'Union européenne participera non seulement à la composition de la Cour (par un possible juge élu au titre de l'Union européenne) et du Comité des Ministres (siégeant en tant qu'organe exécutoire de la Cour), mais également à la composition du Comité des Ministres (en tant qu'organe politique principal, à caractère décisionnel) et de l'Assemblée parlementaire (en tant qu'organe politique principal, à caractère consultatif).

Sans adhésion au Statut du Conseil de l'Europe, il restera un « découplage » entre la qualité de partie à la Convention et la qualité de

membre du Conseil de l'Europe<sup>43</sup>.

## CONCLUSIONS

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme sera l'aboutissement d'une longue et parfois difficile évolution du Conseil de l'Europe et des Communautés et de l'Union européenne en matière de droits de l'homme (des droits fondamentaux).

Sans ignorer les particularités profondes de l'Union européenne et de son ordre juridique, la technique juridique de l'adhésion montre que, dans les relations internationales, par rapport à d'autres sujets du droit international, l'Union européenne est et reste une organisation internationale. La technique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ne peut donc être que celle conventionnelle, à savoir la conclusion d'un traité international, selon les règles classiques du droit international des traités (impliquant une organisation internationale).

En outre, une future adhésion de l'Union européenne au Statut du Conseil de l'Europe et sa qualité de membre du Conseil de l'Europe signifierait un engagement pratiquement irréversible en tant que partie à la Convention européenne des droits de l'homme, car en tant que membre du Conseil de l'Europe (et vue qu'à présent la qualité de membre du Conseil de l'Europe est conditionnée par l'engagement simultané de ratifier très vite la Convention) l'Union européenne ne pourra plus dénoncer la Convention européenne des droits de l'homme, sans se voir immédiatement exclue du Conseil de l'Europe.

---

<sup>43</sup> V. aussi : J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, pp. 953-954.





## LA PROTECTION DE L'AUTONOMIE DE L'UNION EUROPÉENNE EST-ELLE UNE CONDITION EXISTENTIELLE DE SON ADHÉSION À LA CEDH ?

Frédérique BERROD\*

L'adhésion à la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH) a longtemps constitué une sorte de « nouvelle frontière » de l'Union européenne. Elle fut souhaitée, organisée et finalisée par les institutions de l'Union et les États membres<sup>1</sup>, pour renforcer la protection des droits fondamentaux dans l'Union et inclure ainsi cette organisation dans l'ordre européen des droits de l'Homme, porté par les institutions de la CEDH.

La marche fut longue et semée d'embûches : même si l'adhésion a longtemps été juridiquement impossible, à défaut d'une base juridique dans le Traité<sup>2</sup>, les institutions, et au premier chef la Cour de justice de l'Union, ont élaboré une protection subtile et efficace des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union<sup>3</sup>. Le Traité de Lisbonne lève, en créant une base juridique spécifique, les obstacles à l'adhésion, qui devient même une obligation juridique, dans l'article 6 TUE.

On peut constater que le Traité de Lisbonne clôt un second débat qui a longtemps agité l'Union, en créant un catalogue de droits fondamentaux

---

\* Professeure, IEP, Université de Strasbourg et Collège d'Europe de Bruges, Directrice adjointe du CEIE, EA 3994, FR UdS/CNRS 3241.

<sup>1</sup> V. déjà le Mémoire du 4 avril 1979, dans lequel la Commission avait proposé que l'organisation qui portait alors le nom de Communautés européennes adhère à la Convention, *Bull. CE*, suppl. 2/79.

<sup>2</sup> Avis de la CJCE du 28 mars 1996, n° 2/94, *Rec. I*-1759.

<sup>3</sup> Ces principes généraux sont progressivement établis depuis l'arrêt de la Cour du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec. p.* 1125. La Cour a qualifié ces principes généraux de principes constitutionnels, ce qui témoigne de leur particulière importance, CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi*, C-402/05 P, *Rec. p.* I-6351.

protégé par le droit primaire, dans la Charte des droits fondamentaux. L'Union est ainsi dotée d'un catalogue de droits fondamentaux et doit aussi adhérer à la CEDH<sup>4</sup>, deux pistes envisagées historiquement comme alternatives ; le Traité de Lisbonne opte pour un syncrétisme juridique dont on n'a pas fini de mesurer les effets.

Le graal enfin atteint, l'Union pouvait – semble-t-il – envisager sereinement le contrôle externe de son droit par la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH), comme tous les autres États européens. À la protection accrue des citoyens européens, s'ajoute le renforcement de la légitimité démocratique de l'Union ; le mariage semblait évident et promis à un bel avenir.

Il est certain que l'adhésion d'une Union d'États à une convention rassemblant à ce jour des États parties nécessitait quelques aménagements techniques. Les choses avaient été préparées et consignées dans un rapport de 2002<sup>5</sup>, qui listait les dispositions de la CEDH à modifier et les aménagements à trouver pour permettre à l'Union de participer au processus de suivi de l'exécution des arrêts de la CourEDH au sein du comité des ministres du Conseil de l'Europe, dont elle ne devenait pourtant pas une partie à part entière. Le protocole n° 14, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010, modifie l'article 59 de la convention pour rendre juridiquement possible l'adhésion de l'Union<sup>6</sup>. Le chemin était tout tracé. C'est au sein d'un groupe informel de travail du Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (CDDH-UE) que débute, en juillet 2010, avec la Commission européenne, mandatée par le Conseil de l'Union, les négociations sur le statut de l'Union et les aménagements de la CEDH induits par l'adhésion<sup>7</sup>. Or, l'élaboration du mandat de négociation de l'Union fait soudain apparaître des tensions et une sorte de fièvre obsidionale de l'Union<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 6 TUE.

<sup>5</sup> Rapport du CDDH sur les questions juridiques et techniques que le Conseil de l'Europe devrait traiter dans le cas d'une éventuelle adhésion de l'UE à la CEDH, adopté à sa 53<sup>e</sup> réunion en juin 2002, CDDH(2002)010 Addendum 2. Rapport transmis ensuite à la Convention sur l'avenir de l'Europe, Laeken, déc. 2001. P.-H. IMBERT, « De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », Symposium des Juges au Château de Bourglinster, 16 sept. 2002, Droits fondamentaux, n° 2, janv.-déc. 2002, [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org)

<sup>6</sup> Celui-ci est amendé, comme suit, dans un paragraphe 2 : « L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ».

<sup>7</sup> L'analyse développée ci-après sera fondée sur le texte définitif des négociations informelles CDDH-UE du 19 juillet 2011, 8<sup>e</sup> réunion de travail du groupe de travail informel du CDDH sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme avec la Commission européenne, Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme CDDH-UE(2011)16.

<sup>8</sup> V. J.-P. JACQUÉ, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *CML Rev.* 2011, p. 995 et aussi X. GROUSSOT, L. PECH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de

Il faut rappeler que le Traité de Lisbonne commande, certes, l'adhésion de l'Union à la CEDH, mais qu'il se caractérise également par un renforcement de la place des États dans l'Union. Sans revenir en détail sur cet aspect, il importe de souligner l'article 4 TUE, qui rappelle à la fois le principe d'attribution des compétences et le respect, par l'Union, de l'identité des États. Il n'est alors pas surprenant de trouver, dans le protocole n° 8 sur l'adhésion de l'Union à la CEDH, la mention suivante : « L'adhésion n'affecte ni les compétences de l'UE ni les attributions de ses institutions ». L'adhésion à la CEDH est donc une ardente nécessité, mais elle ne peut conduire à faire exploser l'identité constitutionnelle de l'Union, construite et protégée par une institution en particulier : la Cour de justice de l'Union européenne, qui œuvre d'ailleurs activement pour poser des conditions à l'adhésion.

Pour comprendre cet apparent paradoxe, il faut rappeler l'originalité du processus d'intégration dans l'Union – qui est une intégration par le droit – et celle de la Cour de justice de l'Union européenne, protectrice et démiurge de l'ordre juridique de l'Union, cette « nouvelle constellation de droit » qu'il fallait faire naître et prospérer<sup>9</sup>. La mise en place de nouvelles « conceptions structurelles »<sup>10</sup> qui ne sont pas celles des États démocratiques, ni des organisations internationales de coopération, informe de nouveaux rapports de systèmes avec les États membres de cette Union de droit. Réglés par les principes fondateurs de la primauté et de l'effet direct, ils sont fondés sur le respect du partage des compétences défini par le Traité constitutif de l'Union, tel qu'il est ensuite mis en œuvre par les institutions et les États membres. La Cour de justice de l'Union est l'institution qui dispose du monopole de l'interprétation et du contrôle de la validité du droit de l'Union<sup>11</sup>.

En empruntant les mots du Professeur Robert Kovar, on peut ainsi résumer l'influence majeure de la Cour de justice dans l'édification de l'Union : « C'est elle qui a su donner vie à l'ordre juridique communautaire, favoriser son développement et, lorsque le besoin s'en faisait sentir protéger son intégrité. Cette œuvre s'organise sur la base de principes que la Cour de justice a posés dès ses premières décisions : l'effet direct et la primauté du droit communautaire. Progressivement d'autres exigences existentielles de l'ordre juridique de la Communauté ont émergé de la jurisprudence,

---

Lisbonne », *Policy Paper*, Question d'Europe n° 73, Fondation Robert Schuman, 14 juin 2010, disponible sur le site internet de la Fondation.

<sup>9</sup> Expression du juge Pierre Pescatore, in *Le droit de l'intégration, Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, 1972, Réimpression, coll. « Droit de l'Union Européenne », Grands écrits, Bruylant, 2005.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Art. 19 TUE et l'arrêt de la Cour du 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199.

essentiellement celles de priorité de l'intérêt commun sur les intérêts nationaux, du devoir de solidarité, de l'obligation de coopération mutuelle des États membres et des institutions communautaires. Ces principes sont autant d'expressions particulières des valeurs contenues dans la notion de Communauté. Elles en traduisent la nature, en soulignant, au-delà des obligations passives incombant aux États, leur appartenance à une Communauté de destin »<sup>12</sup>.

Comment adhérer sans menacer l'autonomie de l'UE et le monopole de la CJUE, c'est-à-dire en garantissant que cette dernière soit systématiquement amenée à prendre position sur la signification du droit de l'Union avant que la CourEDH ne le fasse<sup>13</sup> ? Comment faire pour éviter que la CourEDH ne s'immisce dans le partage des compétences entre l'Union et ses États membres, principe fortement réévalué par le Traité de Lisbonne ? La dernière question, posée cette fois du côté du Conseil de l'Europe, est de savoir comment l'Union peut adhérer à la CEDH, sans accepter, de ce fait, un contrôle externe de son droit interne à l'aune des droits et libertés protégés par la convention ? Après tout, il est difficile de concevoir en quoi cet effet du contrôle externe est différent de celui imposé aux États parties, conduits eux aussi à mettre leurs principes identitaires fondateurs en conformité avec les obligations, y compris positives, de la CEDH. D'où l'importance, pour les États tiers de ne pas aménager pour l'Union un quelconque privilège procédural et de garantir que la CourEDH puisse librement jouer son rôle d'interprète des dispositions de la convention.

Les deux présidents de la Cour de justice de l'UE et de la CourEDH ont tenté d'apaiser les tensions par une déclaration commune du 17 janvier 2011<sup>14</sup>. Ils admettent la nécessité d'une « procédure souple susceptible de garantir que la CJUE puisse effectuer un contrôle interne avant que n'intervienne le contrôle externe exercé par la CEDH. Les modalités de la mise en œuvre d'une telle procédure, qui n'exige pas une modification de la Convention, devraient tenir compte des caractéristiques spécifiques du contrôle juridictionnel exercé respectivement par ces deux juridictions ».

Cette technique de « l'implication préalable (*prior involvement*) » de la CJUE figure dans l'accord provisoire du 19 juillet 2011 ; il n'est pourtant pas certain qu'elle soit apte à protéger les compétences de la CJUE et, plus généralement, l'autonomie de l'Union.

---

<sup>12</sup> Conclusion de son cours à l'Académie de droit européen de Florence, *La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, Collected Courses of the Academy of European Law, vol. IV, Book 1, Kluwer Law International, 1995, p. 122.

<sup>13</sup> Question cruciale si l'on considère qu'il n'est pas improbable que l'accord d'adhésion à l'Union fasse l'objet d'une demande d'avis à la CJUE, laquelle sera alors dans l'obligation de protéger l'autonomie de l'Union.

<sup>14</sup> Reproduite dans le numéro spécial de la *RTDE* 2011, p. 7 et s.

Ce mécanisme illustre ce que l'on pourrait appeler le paradoxe de l'adhésion : longtemps désirée, elle est aujourd'hui une source de tensions renouvelées entre l'Union et les institutions de la Convention européenne des droits de l'Homme.

## I. LA PROTECTION DE L'AUTONOMIE PAR LA TECHNIQUE DE « L'IMPLICATION PRÉALABLE » DE LA CJUE

À partir du moment où l'adhésion est une obligation dans le Traité de Lisbonne, il fallait déterminer le statut de l'Union dans les négociations. C'est sur ce point que se sont cristallisées les dissensions jusqu'en juillet 2011, date de l'accord provisoire qui doit à présent être confirmé par les institutions du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

La première solution du compromis est la mise en place du mécanisme du codéfendeur<sup>15</sup>. Conçu comme un principe de correction des requêtes, pour inclure soit l'UE soit les États membres dans une affaire où ils ne sont pas visés par la requête initiale, il a été aménagé comme un élément nécessaire pour protéger l'UE « en tant qu'entité non étatique avec un ordre juridique autonome »<sup>16</sup>. Le mécanisme de la codéfense ne doit pas aboutir à un privilège procédural mais servir comme un moyen d'éviter toute lacune liée à la participation, à la responsabilité, à l'opposabilité, en évitant les risques des arrêts *Matthews*<sup>17</sup> et *Bosphorus*<sup>18</sup>. Simple en principe, le texte de l'accord provisoire est finalement peu clair<sup>19</sup>. La seule certitude des parties à la négociation est que sa mise en œuvre doit demeurer exceptionnelle.

C'est dans le cadre de la codéfense, que peut se poser la question de la garantie du monopole d'interprétation de la CJUE. Une fois l'adhésion acquise, tout individu pourra en principe mettre en cause devant la CourEDH la compatibilité d'un acte de l'Union avec les droits et libertés protégés par la Convention. Dans la plupart des hypothèses, l'individu peut

<sup>15</sup> Art. 3 du projet d'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, CDDH-UE(2011)16 fin, préc.

<sup>16</sup> Projet de Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, point 32.

<sup>17</sup> CourEDH, *Matthews c. Royaume Uni*, req. n° 24833/94, 18 févr. 1999. Dans cette affaire, la CourEDH a admis la possibilité que les États membres de l'Union puissent être tenus responsables collectivement d'une violation de la CEDH par le droit primaire, pour autant qu'ils transfèrent dans les traités des compétences à l'Union.

<sup>18</sup> CourEDH, *Bosphorus Airlines*, req. n° 45036/98, 30 juin 2005. La CourEDH établit une présomption d'équivalence de la protection des droits fondamentaux entre le système de l'Union et la CEDH, présomption simple qui peut être renversée et amener alors la CourEDH à condamner un État membre mettant en œuvre un acte de l'Union, quelle que soit sa marge de manœuvre. V. aussi l'arrêt *Boivin c. 34 des États membres du Conseil de l'Europe*, req. n° 73274/01, 9 sept. 2008.

<sup>19</sup> Pour une analyse critique, v. la contribution de D. MEYER.

subir les effets néfastes d'un acte de l'Union par la médiation d'un acte ou d'une action d'un État membre. Il lui faudra alors épuiser les voies de recours internes pour que son action devant la CEDH soit recevable. *Quid* si la CourEDH est saisie sans que la CJUE ait préalablement pu, conformément à la logique de subsidiarité de la CEDH, juger de la compatibilité de l'acte de l'Union avec les droits fondamentaux ? Le consensus est aujourd'hui stabilisé en faveur d'un respect des compétences des deux cours<sup>20</sup>, ce qui a permis un accord provisoire sur le mécanisme de l'implication préalable. Pour symbolique qu'il soit, ce mécanisme sera déclenché, dans la réalité, de manière exceptionnelle.

#### A. – *Un accord de principe*

Le fait que la CourEDH puisse, le cas échéant, juger sans que la CJUE ait pu se prononcer au préalable, était apparu inacceptable à cette dernière dès le début des négociations. L'une des solutions fut suggérée par l'ancien juge Timmermans<sup>21</sup> et reçut un succès certain lors de l'élaboration du mandat de négociation de l'Union, du moins si l'on en croit les premiers rapports du CDDH après le début des négociations.

L'idée était de garantir l'implication préalable de la CJUE avant tout jugement sur le fond de la CourEDH. Il était proposé que la Commission européenne saisisse la CJUE pour qu'elle se prononce sur la conventionalité<sup>22</sup> de l'acte de l'UE avant la CourEDH, laquelle devrait, en attendant, suspendre la procédure.

Les négociateurs ont admis assez rapidement le principe d'une telle implication préalable. La déclaration des deux présidents des cours de janvier 2011 plaide en faveur d'un mécanisme souple « susceptible de garantir que la CJUE puisse effectuer un contrôle interne avant que n'intervienne le contrôle externe exercé par la CEDH. [...] À cet égard, il importe que la typologie des cas de figure dans lesquels la CJUE peut être saisie soit clairement définie. De même, l'examen de la conventionalité de l'acte litigieux ne devrait pas reprendre avant que les parties intéressées n'aient été en mesure d'apprécier utilement les éventuelles conséquences à tirer de la position prise par la CJUE et, le cas échéant, de soumettre des observations à cet égard à la CEDH, dans un délai qui leur sera imparti à

---

<sup>20</sup> C. LADENBURGER, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2011, p. 20.

<sup>21</sup> C. TIMMERMANS, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », audition du 18 mars 2010 devant la commission des Affaires constitutionnelles du Parlement européen.

<sup>22</sup> Contrôle de la conformité d'un acte de l'Union à la CEDH.

cette fin conformément aux dispositions régissant la procédure devant cette dernière. Pour éviter que la procédure devant la CEDH ne soit différée de manière déraisonnable, la CJUE pourrait être amenée à statuer en procédure accélérée ».

Plusieurs options étaient alors concevables<sup>23</sup>. Sans avoir à prévoir de procédures spécifiques, on pouvait opter pour des consultations informelles entre les deux Cours européennes : la CJUE informerait ainsi la CourEDH du litige impliquant un acte de l'Union et requerrait son expertise sur le contrôle de conventionalité, préalablement à son propre jugement sur le fond. Peu difficile à mettre en place, ce d'autant que les deux cours ont largement éprouvé les vertus du dialogue informel, cette option est pourtant peu opportune si l'Union est défendeur ou codéfendeur ; des contacts informels de la Cour EDH avec une partie à l'affaire seraient en effet en contradiction avec le principe d'égalité des armes.

L'option envisageable ensuite suppose une formalisation de l'implication préalable de la CJUE, en reprenant en substance le mécanisme proposé par M. Timmermans<sup>24</sup>. Cette dernière pourrait être autorisée à rendre un avis, dans le cadre du mécanisme de codéfendeur, avis ensuite pris en compte par la CourEDH dans la suite de la procédure. La CJUE pourrait être saisie d'une demande d'avis par la Commission européenne, conformément au Traité de Lisbonne, lequel ne le prévoit cependant que pour juger de la compatibilité d'un accord international avec le droit primaire<sup>25</sup>. L'une des conditions du succès de cette procédure est que la CJUE se prononce le plus rapidement possible ; il faudrait donc créer une procédure urgente de demande d'avis. Le dernier problème de cette option est qu'elle prédétermine les modalités de l'implication préalable de la CJUE : il n'est pas sûr que celles-ci doivent figurer dans l'accord d'adhésion. Après tout, il appartient à l'Union de prévoir en son sein les procédures à mettre en place pour tirer toutes les conséquences de son adhésion à l'Union, sans que des États tiers aient par ailleurs à se prononcer sur l'opportunité de tel ou tel mécanisme interne à l'Union.

Sans préjuger de la forme que pourrait prendre l'implication préalable de la CJUE, on pouvait également prévoir simplement le principe de la suspension de la procédure devant la CourEDH permettant à la CJUE de se prononcer préalablement sur la requête. Dans ce cas, il appartient à la CourEDH de lancer le processus en demandant à la CJUE d'agir. Il n'est pas certain que le mécanisme permette une protection systématique de

---

<sup>23</sup> Elles sont répertoriées dans le rapport du 17 janvier 2011 de la 5<sup>e</sup> réunion du groupe de travail informel du CDDH sur l'adhésion de l'UE à la CEDH avec la Commission européenne, CDDH/UE(2011)02.

<sup>24</sup> C. TIMMERMANS, préc.

<sup>25</sup> Art. 218, § 11 TFUE.

l'autonomie de l'Union, même si l'on peut supposer que la CourEDH préfère redonner la main à la CJUE pour juger de la conventionalité d'un acte de l'Union. Cette option peut alors se traduire par un privilège procédural : si la CJUE annule l'acte pour non conformité aux droits fondamentaux, l'individu n'est plus victime au sens de la CEDH, ce qui aboutit en fait à priver l'individu et au bout du compte la CourEDH d'un contrôle supplémentaire, alors même que celle-ci a été à l'initiative de la protection de l'autonomie de l'Union.

Pour éviter ces critiques, on pouvait enfin proposer que l'Union mette en place une procédure interne assurant l'implication préalable de la CJUE, laquelle pourrait se prononcer sur la conventionalité de l'acte de l'Union, en parallèle de la procédure devant la CourEDH. Cela demanderait une stratégie de l'Union pour détecter les affaires pendantes devant la CourEDH nécessitant une implication préalable et pose le problème de la procédure interne utilisable à cet effet. C'est finalement à ces deux dernières options que les négociateurs du comité du CDDH donnent la priorité.

### B. – *Un mécanisme exceptionnel*

L'article 3, paragraphe 6 du projet provisoire d'accord d'adhésion<sup>26</sup> circonscrit la mise en place de l'implication préalable aux hypothèses de codéfense<sup>27</sup>, dans une affaire où la CJUE n'a pas pu examiner la conventionalité de l'acte de l'Union à l'occasion d'une question préjudicielle. L'idée est de lui permettre de le faire dans un délai raisonnable (estimé de six à huit mois)<sup>28</sup>. Le projet de rapport explicatif précise que la décision de la CJUE n'a pas d'effet obligatoire sur la CourEDH, qui détermine les conséquences à en tirer. Les parties à l'affaire devraient être à même, en application du principe d'égalité des armes, de faire valoir leurs observations devant la CourEDH sur la prise de position de la CJUE.

---

<sup>26</sup> Le texte arrêté par le comité de négociation est le suivant : « Lorsque l'Union européenne est codéfendeur dans une procédure, et lorsque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore examiné la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne avec les droits de la Convention en question conformément au paragraphe 2 du présent article, le temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen et, ensuite, aux parties pour formuler leurs observations à la Cour. L'Union européenne veille à ce que cet examen soit effectué rapidement, de manière à ce que la procédure devant la Cour ne soit pas indûment prolongée. Les dispositions de ce paragraphe n'affectent pas les pouvoirs de la Cour ».

<sup>27</sup> V. les explications dans le Projet de Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, points 36 à 56.

<sup>28</sup> V. le point 61 du Projet de Rapport explicatif.



Pour souple que soit ce mécanisme, il a fait l'objet d'opposition jusqu'au dernier moment de la négociation informelle. Il sera nécessairement au cœur des procédures de finalisation de l'accord d'adhésion, en cours devant les institutions du Conseil de l'Europe et de l'Union. Sans attendre, il faut dès à présent souligner les insuffisances de ce mécanisme, dans l'optique d'une protection efficace de l'autonomie de l'Union.

Il faut rappeler que ce mécanisme est subordonné au déclenchement de la co-défense, c'est-à-dire dans les affaires où l'acte de l'Union sert de base juridique à une action des États membres, action étatique qui fait grief à la victime à l'origine du recours devant la CourEDH. Cela devrait donc concerner en principe peu d'affaires. Ce d'autant plus que, si la co-défense peut être suggérée par la CourEDH pour éviter qu'une action étatique ne soit déclarée contraire à la CEDH alors que c'est un acte de l'Union qui est à l'origine de cette violation, elle doit, en toute hypothèse, être demandée par l'Union et autorisée par la CourEDH. Le mécanisme de l'implication préalable de la CJUE est donc, par essence, un mécanisme d'autant plus rare de protection de l'autonomie de l'Union.

D'application exceptionnelle, l'implication préalable de la CJUE est-elle néanmoins conçue de manière efficace ? Tout l'enjeu est ici de tenir compte de la spécificité de l'Union en tant qu'entité non étatique, sans mettre en cause la légitimité de la CourEDH à appliquer la CEDH. Le compromis provisoire est à cet égard bien flou.

Il est ainsi prévu que, si elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la conventionalité de l'acte de l'UE en cause, la CJUE doit pouvoir le faire avant que la CourEDH ne se prononce. Le texte ne précise pas comment cette implication préalable se matérialise. La CJUE devra vraisemblablement être saisie d'un des recours prévus dans le Traité de Lisbonne. En pratique, on peut penser que la Commission se trouvera au cœur de processus.

La CJUE pourrait être amenée à rendre un avis sur la validité de l'acte. Cette solution n'est pas la plus efficace car se pose le problème de la valeur juridique des actes que la CJUE estimerait contraires à la CEDH. De plus, l'actuelle procédure d'avis n'est pas prévue pour que la CJUE opère un contrôle de la conventionalité des actes de droit dérivé<sup>29</sup>.

L'autre solution serait d'envisager une question préjudicielle en appréciation de validité<sup>30</sup>, ce qui amènerait la CJUE à trancher le problème par un arrêt et les institutions à modifier le droit positif pour se conformer aux obligations de la CEDH. Il existe des procédures préjudicielles

---

<sup>29</sup> Art. 218, § 11 TFUE.

<sup>30</sup> Le recours en annulation contre l'acte de l'Union ne sera, par hypothèse, pas recevable puisque enfermé dans un délai de deux mois après la publication de l'acte en question.

d'urgence, ce qui permettrait à la Cour de se prononcer dans des délais raisonnables au regard de la procédure devant la CourEDH. Le problème est que la procédure préjudicielle est conçue comme un moyen de coopération de juge national à juge de l'Union et on voit mal quel juge national pourra la déclencher. Autoriser la Commission à le faire au nom de la protection de l'intérêt général contraint à devoir réviser le Traité, ce qui ne paraît pas la solution la plus judicieuse<sup>31</sup>.

Pour éviter la révision du Traité de Lisbonne, on devrait en définitive envisager une procédure souple qui permette à la CJUE de se prononcer, sur saisine de la Commission. Cette prise de position sera alors prise en compte par la CJUE comme un fait. Elle partira de cette prise de position pour apprécier la compatibilité de l'acte de l'Union avec la CEDH, en évitant, ce faisant, de prendre indûment position sur le partage des compétences entre l'Union et les États. On peut en effet raisonnablement attendre de la CourEDH une politique de *self restrain* sur ce point, ce qu'elle fait déjà pour les États parties à la CEDH. Sur ce plan, le compromis de juillet dernier constitue une conciliation réussie entre protection de l'autonomie de l'Union au travers de la protection du monopole d'interprétation de la CJUE et garantie du respect des pouvoirs de la CourEDH.

Ce compromis apparaît en revanche bien peu satisfaisant du point de vue de l'Union<sup>32</sup>. Il pourrait aboutir en effet à ce que la CJUE se prononce sur la conventionalité d'un acte de l'Union sans que soient définis les effets juridiques de cette prise de position dans l'ordre juridique interne. On pourrait en déduire qu'il valait mieux, dans ce cas, laisser la CourEDH se prononcer, sans implication préalable de la CJUE. À trop vouloir se protéger, l'Union contribue à fragiliser son propre système contentieux. Ce d'autant plus que, si la CJUE n'a pas été saisie avant que la CourEDH se prononce, c'est que le processus de renvoi préjudiciel n'a pas été utilisé par le juge national.

Saisi d'un litige mettant en cause la conventionalité d'un acte de l'Union, servant de base juridique à un acte national directement mis en cause dans le litige, le juge national doit en effet poser la question préjudicielle en appréciation de validité, dès lors qu'il a un doute sur la validité de l'acte de l'Union<sup>33</sup>. Il doit en outre poser une question préjudicielle en interprétation d'un acte de l'Union, dès lors que cette interprétation est nécessaire à la solution du litige et qu'il statue en dernière

---

<sup>31</sup> Il faut rappeler que le Traité de l'Union ne peut pas être révisé subrepticement par un accord international, v. les développements sur ce point de T. LOCK, « Walking on a Tightrope : The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order », *CMLRev.* 2011, p. 1025.

<sup>32</sup> V. aussi T. LOCK, préc.

<sup>33</sup> En application de la jurisprudence *Fotofrost*, préc.

instance<sup>34</sup>. Par hypothèse, la CourEDH ne pouvant être saisie qu'après épuisement des voies de droit interne, la CJUE aurait dû pouvoir se prononcer sur la conventionalité d'un acte de l'Union, avant que la CourEDH ne le fasse. En ce sens, le meilleur moyen de garantir les compétences de la CJUE après l'adhésion de l'Union à la CEDH est de garantir le bon fonctionnement du renvoi préjudiciel. N'est-ce pas alors par essence un problème interne à l'Union, bien plus qu'un déterminant des négociations d'adhésion ?

## II. LA PROTECTION DE L'AUTONOMIE DE L'UNION : UNE AFFAIRE INTERNE

L'adhésion de l'UE à la CEDH résulte d'une volonté politique, comme de la jurisprudence de la CourEDH, qui ne pouvait pas ignorer le phénomène de l'intégration de l'Union, sans pour autant contrôler directement les actes de l'Union<sup>35</sup>. « Depuis longtemps déjà, le système de la Convention souffre d'un *déséquilibre*, qui est aussi une *anomalie*. Alors que tous les États membres de l'UE sont soumis au contrôle extérieur de la Cour européenne des droits de l'homme, y compris quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union, l'Union elle-même ne l'est pas »<sup>36</sup>. L'adhésion est donc la solution pour renforcer la cohérence externe de l'Union. S'il faut « tenir compte de la situation spécifique de l'UE, en tant qu'entité non étatique avec un ordre juridique autonome »<sup>37</sup>, en acceptant les mécanismes de la codéfense et de l'implication préalable de la CJUE, cela ne dispense pas l'Union d'adapter son système juridique pour le rendre plus performant au regard de la protection des droits fondamentaux. En ce sens, l'adhésion présuppose la mise en place d'une véritable stratégie des droits fondamentaux.

---

<sup>34</sup> Art. 267 TFUE.

<sup>35</sup> Pour une analyse d'ensemble, v. F. BERROD et D. MEYER, « (Ir)recevabilité et actes de l'Union européenne », in E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.), *Quel filtrage pour les requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, éd. du Conseil de l'Europe, 2011.

<sup>36</sup> F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTDE*, 2011, p. 27.

<sup>37</sup> Comme l'acceptent les négociateurs dans le Projet de Rapport explicatif, point 32.

A. – *La nécessité pour l'Union d'adopter une stratégie des droits fondamentaux*

Si l'adhésion de l'Union à la CEDH n'est pas à proprement parler un nouveau paradigme – l'Union ayant décidé de promouvoir le respect des droits fondamentaux depuis le Traité de Maastricht, sans compter la jurisprudence faisant des droits fondamentaux des principes généraux du droit – elle implique une réflexion de toutes les institutions pour anticiper les contentieux avec la CourEDH et veiller au déroulement des procédures en cours devant celle-ci.

Il faut en effet centraliser les informations relatives aux recours déposés par les individus, pour vérifier la nécessité et l'opportunité de demander la co-défense. Il faut à ce titre prévoir une bonne coopération avec les États membres. Dans le projet de rapport explicatif, le comité de négociation du CDDH indique que cela implique aussi une politique de publication des notifications des recours individuels et donc une réorganisation du travail du greffe de la CourEDH. Dans ce Projet, il est prévu la publication rapide des informations relatives aux requêtes et leur diffusion, pour permettre au codéfendeur éventuel de motiver une demande de codéfense à la CourEDH<sup>38</sup>.

Il faut également que l'Union organise ses procédures de décision pour prendre en compte dès la conception des actes de l'Union, l'impératif de respect des droits fondamentaux garantis par la Charte et la CEDH. C'est en ce sens qu'a déjà réfléchi la Commission dans sa stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux de l'Union<sup>39</sup>. Dans l'évaluation d'impact d'une législation européenne, il est désormais prévu d'inclure une évaluation de l'impact sur les droits fondamentaux de la Charte, en suivant une *checklist* concernant le type de droit fondamental mis en cause, sa nature, les effets positifs et négatifs de l'acte projeté et la nécessité des restrictions à apporter.

L'adhésion de l'Union à la CEDH devrait ainsi la contraindre à réévaluer ses procédures internes, pour tirer pleinement profit d'une possibilité de contrôle externe des actes de l'Union et des actes nationaux les mettant en œuvre à l'aune des droits fondamentaux. En ce sens, les négociations d'adhésion agissent comme des révélateurs des lacunes du système juridique de l'Union. Deux exemples illustrent cette action.

On a vu que la meilleure façon de garantir la protection de l'autonomie de l'Union est, certainement, d'assurer un meilleur fonctionnement du

---

<sup>38</sup> Point 46.

<sup>39</sup> Communication de la Commission du 19 octobre 2010, Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne, COM(2010)573 final.

renvoi préjudiciel. Cette procédure est en effet vitale pour assurer l'interprétation uniforme des actes de l'Union et leur contrôle de légalité par leur juge naturel, c'est-à-dire celui de l'Union. Si un requérant individuel s'estime victime d'un acte de l'Union mettant en cause ses droits et libertés fondamentales, il ne peut saisir la CourEDH qu'après épuisement des voies de recours internes.

Il n'y a pas de débat quand un individu utilise, devant le Tribunal puis la CJUE, les recours directs qui lui sont ouverts par le Traité<sup>40</sup>. La question peut se poser quand le requérant s'adresse au juge national compétent. Le point est de savoir si la règle de l'épuisement s'applique au renvoi préjudiciel, procédure qui permet au juge national de saisir le juge de l'Union pour déterminer le sens ou la validité d'un acte de l'UE<sup>41</sup>. Il semble que la réponse ne puisse être que négative, puisque le renvoi préjudiciel – procédure de coopération de juge à juge – n'est pas à la libre disposition des parties. Si le renvoi n'est pas décidé par le juge national, cela ne peut donc pas rendre irrecevable l'action de la CourEDH. Il n'en demeure pas moins que la CEDH appréhende, par la voie du respect de l'article 6, le refus d'utiliser le mécanisme préjudiciel<sup>42</sup>. Un récent arrêt de la CourEDH pourrait éclairer définitivement la question. Il établit que :

« L'article 6 § 1 [de la CEDH] met [...] à la charge des juridictions internes une obligation de motiver au regard du droit applicable les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle, d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception. Dans le cadre spécifique du troisième alinéa de l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne (soit l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), cela signifie que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne qui refusent de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union européenne soulevée devant elles, sont tenues de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice. Il leur faut donc, selon l'arrêt *Cilfit* susmentionné, indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, que la disposition de droit de l'Union européenne en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de justice ou que l'application correcte

---

<sup>40</sup> Art. 263, 265 et 340 TFUE.

<sup>41</sup> Art. 267 TFUE.

<sup>42</sup> Position défendue déjà par O. de SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : feuille de route de la négociation », p. 12, spéc. p. 18.

du droit de l'Union européenne s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »<sup>43</sup>.

Ce faisant, la CourEDH donne aux institutions de l'Union un moyen de renforcer le mécanisme préjudiciel, en réaffirmant – et finalement en renforçant l'application de – la jurisprudence *Cilfit*<sup>44</sup>, laquelle, on le sait, établit des conditions très strictes pour qu'un juge national puisse se soustraire à l'obligation de renvoi préjudiciel, quand il statue en dernière instance<sup>45</sup>.

Le deuxième exemple illustrant l'influence de l'adhésion à la CEDH comme révélateur des incohérences du système juridictionnel de l'Union est celui des actes attaquables. L'adhésion est un outil pour renforcer la protection des individus contre l'application d'actes de l'UE contraires à la CEDH. Ce renforcement est d'abord le produit du contrôle externe par la CourEDH, gage de légitimité démocratique pour l'Union. Il provient ensuite de l'élargissement des actes de l'Union susceptibles de faire l'objet du contrôle externe de la CourEDH. La première question qui s'est posée lors de l'ouverture des négociations d'adhésion est celle de savoir si le droit primaire de l'Union pouvait faire l'objet d'un contrôle au regard de la CEDH. La réponse ne pouvait être que positive, du simple fait que le droit primaire pouvait déjà être contrôlé par la théorie de la responsabilité des États membres dans l'élaboration des traités, mise en œuvre dans l'arrêt *Matthews*. La formulation du mécanisme de codéfense fait clairement apparaître cette possibilité, en réservant aux États membres le droit de demander à être codéfenseurs dans les affaires où est en cause le droit primaire.

Les hésitations de certains États membres à accepter un contrôle externe de la CourEDH se sont fait sentir sur d'autres points. En particulier, il fallait déterminer si tout le droit dérivé de l'Union pouvait faire l'objet d'un recours devant la CourEDH. Si cela va sans dire concernant les actes de l'ancien premier pilier, soumis un contrôle juridictionnel interne à l'Union tout à fait complet, la chose est moins simple pour les actes des anciens deuxième et troisième piliers. Pour ceux-ci, le contrôle juridictionnel par la CJUE est inexistant ou au mieux incomplet.

Le Traité de Lisbonne modifie la situation pour les actes de l'ancien troisième pilier, qui rejoignent le droit commun. À ceci près que les actions de police ou d'autres services répressifs ou mettant en jeu « l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure », adoptées dans le cadre du

---

<sup>43</sup> Arrêt *Ullens de Schotten et Rezabek c. Belgique*, n° 3989/07 et 38353/07, du 20 sept. 2011, § 61 et 62.

<sup>44</sup> CJCE, 6 oct. 1982, aff. 283/81, *Rec.* p. 3415.

<sup>45</sup> V. aussi J.-P. JACQUÉ, préc. p. 1018.

fonctionnement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité ou même de proportionnalité<sup>46</sup>. Cela signifie que, si des actes de ce type sont contestés par référence à la CEDH, la CJUE est empêchée de porter une quelconque appréciation au préalable. Cette lacune des traités a une immédiate répercussion sur la protection de l'autonomie de l'Union, laquelle est singulièrement amoindrie sans que l'adhésion en soit responsable. De plus, si l'affaire est portée devant la CourEDH, on peut nourrir des doutes sur la possibilité de faire jouer le mécanisme de l'implication préalable, à partir du moment où, en toute hypothèse, le contrôle de légalité est interdit à la CJUE. Il paraît également impossible de négocier, par parallélisme, l'exclusion du contrôle de ces actes nationaux par la CourEDH, sauf à consacrer les lacunes de la protection juridictionnelle de l'individu. Ce faisant, l'adhésion pose la question de la cohérence de l'article 276 TFUE et, en conséquence, de celle de l'exclusion de la compétence de la CJUE du contrôle de légalité et de conventionalité.

Dans le même esprit, mais avec des implications politiques encore plus délicates, l'article 275 TFUE exclut de tout contrôle juridictionnel l'ensemble des actes de la politique étrangère et de sécurité commune. Par parallélisme, doit-on les exclure de la compétence de la CourEDH, en ajoutant une condition d'irrecevabilité des recours ? La réponse ne peut à nouveau être que négative, si l'on considère que l'adhésion doit conduire à un renforcement des droits fondamentaux. Donner compétence à la CourEDH pour contrôler ces actes à la lumière des droits fondamentaux ne peut alors pas apparaître comme un moyen de contourner l'article 275 TFUE.

Il ne faut pourtant pas oublier que les États ont refusé cette compétence à la CJUE, pour éviter qu'elle ne vienne grignoter le caractère intergouvernemental de la PESC en imposant aux États des obligations auxquelles ils n'avaient pas consentis. Dans le cadre de la CEDH, le problème se pose différemment : la CourEDH n'est pas la gardienne des traités de l'UE mais la juridiction qui assure une protection uniforme des droits fondamentaux dans l'espace européen. Qu'elle puisse le faire dans le cadre des actes de la PESC est à la fois une avancée et un faux problème. Cela évite de laisser des violations des droits fondamentaux impunies. C'est bien dans ce sens que va le Traité de Lisbonne, dont l'article 275, paragraphe 2 TFUE prévoit le contrôle de légalité des décisions de la PESC « prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales », ce qui vise plus spécialement les listes noires, utilisées dans le

---

<sup>46</sup> Art. 276 TFUE.

cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>47</sup>. Cela ne devrait donc pas modifier profondément le contrôle juridictionnel de la PESC. Enfin, les actes de l'UE qui déterminent le sens de la PESC ne devraient pouvoir générer par eux-mêmes de violation des droits de l'Homme que de manière exceptionnelle<sup>48</sup> ; il s'agira donc le plus souvent d'actes nationaux de mise en œuvre qui présenteront ce danger, lesquels font d'ors et déjà l'objet d'un contrôle subsidiaire par la CourEDH.

L'adhésion à l'Union européenne devrait ainsi permettre de renforcer l'Union de droit, sans pour autant que le nombre d'affaires portées devant la CourEDH soit très volumineux. Cela devrait permettre de résoudre les incohérences les plus évidentes, sans pour autant surcharger les organes de la CEDH, ni, probablement perturber les institutions de l'Union ou les relations entre elle et les États membres. On peut en effet pronostiquer sans trop de risques que la CourEDH fera preuve de *self restrain*, si, et tant que, ses relations avec la CJUE sont marquées par la confiance mutuelle et l'esprit de coopération<sup>49</sup>. Si la présomption de la jurisprudence *Bosphorus* ne peut plus être de mise<sup>50</sup>, cela ne devrait pas transformer en substance la relation entre la CourEDH et la CJUE. La pérennisation de cet état d'esprit devrait finalement être favorisée par l'adhésion à la CEDH, facteur de renforcement de la cohérence externe de l'Union.

#### B. – La nécessité de renforcer la cohérence externe de l'Union

On ne peut pas aujourd'hui s'émouvoir du fait que la CourEDH puisse à terme opérer un contrôle de la conventionalité des actes de l'Union en tant que tels ou en tant qu'ils servent de base juridique à une action des États

<sup>47</sup> Sur les incohérences existant avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, v. F. BERROD, « Cohérence et protection juridictionnelle aux risques de la division en piliers de l'Union européenne ou l'imbricolage des « affaires terroristes » », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, coll. « Centre d'études internationales et européennes », Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 81.

<sup>48</sup> Si tel est le cas, la CourEDH sera la seule à pouvoir être saisie par un individu, rendant alors sans objet la condition de l'épuisement des voies de recours internes de l'article 35, paragraphe 1 de la CEDH.

<sup>49</sup> V. A. TIZZANO, « Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH », *RTDE* 2011, p. 9.

<sup>50</sup> F. TULKENS rappelle sur ce point les termes du débat, article préc. : « D'un côté, le maintien de la jurisprudence *Bosphorus* pourrait se justifier par le fait que l'adhésion ne fait pas disparaître l'une des raisons d'être ou même, plus fondamentalement, la *fonction* de la figure juridique de la *présomption* établie dans l'arrêt *Bosphorus*, à savoir la nécessité de ne pas entraver la coopération internationale au sein de l'organisation supranationale qu'est l'Union européenne. D'un autre côté, il peut être difficile de concilier le maintien de la présomption d'équivalence - qui pourrait apparaître comme une sorte de « privilège » accordé à l'ordre juridique de l'Union - avec le *principe d'égalité* de toutes les parties contractantes à la Convention ».



membres. Une fois encore, la protection des droits de l'Homme n'est pas un nouveau paradigme de l'Union ; c'est un état de droit depuis que la CJUE puise à la source de la CEDH la conception de principes généraux du droit<sup>51</sup> et que le traité cite cette convention comme une souche privilégiée de protection des droits fondamentaux. Cette tendance est renforcée par la Charte des droits fondamentaux, qui répertorie les droits et libertés fondamentaux protégés par l'Union et par les États dans le domaine d'application du droit de l'UE. Les droits et libertés de l'Union doivent beaucoup à ceux et celles de la CEDH, laquelle constitue la norme de référence pour l'Union<sup>52</sup>. Il paraît en ce sens assez logique d'assurer le maximum de cohérence au système juridique de l'Union, en l'arrimant définitivement à la CEDH. En ce sens, l'adhésion permet de garantir le système de l'Union et de raffermir la protection des droits fondamentaux, en évitant toute divergence d'interprétation entre la Cour de justice de l'Union et la CourEDH.

La cohérence externe de l'Union est d'autant plus renforcée que cette dernière peut, du fait de l'adhésion, peser dans le processus d'élaboration des standards de protection au sein de la CourEDH (et, concernant l'exécution des arrêts de cette cour, au sein du comité des Ministres du Conseil de l'Europe). La CourEDH gagne également en légitimité, puisque, sur le territoire européen, elle devient la cour de référence dans la protection et la conception des droits fondamentaux. Sur ce point, elle est en quelque sorte la cour « naturelle », ce qui devrait permettre à la CJUE de s'appuyer encore plus clairement sur sa jurisprudence pour analyser la conventionalité des normes de l'Union<sup>53</sup>. De plus, l'adhésion de l'Union à la CEDH évitera en principe à la CourEDH de passer par la fiction de la marge de manœuvre des États appliquant un acte de l'Union ou par celle de la responsabilité collective des États membres dans l'élaboration du droit primaire de l'Union. L'ensemble du droit de l'UE pourra faire l'objet d'une analyse directe par la CourEDH, au besoin en enclenchant le procédé de la codéfense. Chacune des cours devrait ainsi gagner par et dans l'adhésion.

Il n'en demeure pas moins que l'adhésion, en mettant en contact direct deux ordres juridiques, développe aussi la possibilité de clashes violents. C'est bien en ce sens que s'expriment certaines critiques de l'attitude de la

<sup>51</sup> V. J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 56.

<sup>52</sup> L'article 52, paragraphe 3, de la Charte rappelle que les droits de la CEDH constituent la référence de la protection, mais que l'Union peut assurer une protection plus étendue.

<sup>53</sup> On voit bien que la CJUE s'appuie sur la CEDH pour fonder son raisonnement en matière de droits fondamentaux, même si l'on peut remarquer qu'elle se réfère en priorité à la Charte des droits fondamentaux et emploie la CEDH comme élément d'interprétation de celle-ci, v. par ex. l'arrêt de la CJUE (grande chambre) du 9 nov. 2010, *Volker und Markus Schecke GbR*, aff. C-92 et 93/09 et le commentaire de D. SIMON, *Europe*, janv. 2011, comm. n° 2.

CourEDH dans l'affaire *MSS*<sup>54</sup>. De manière générale, on peut estimer sans risque que la CourEDH fera montre de prudence et d'une forme d'humilité dans le jugement des actes de l'Union et, plus encore, du droit dérivé. Il n'y a sur ce point pas de raison que l'adhésion renforce la potentialité d'une guerre des juges. Ce qui pourrait poser problème, c'est l'effet des jugements de la CourEDH sur des éléments fondateurs du système du droit de l'Union. Par exemple, que faire si la CourEDH met en cause, au nom de la protection des droits fondamentaux, le présupposé de la confiance entre les États membres qui sert au fonctionnement du principe de reconnaissance mutuelle ? Tout aussi préoccupant est le constat que la jurisprudence de la CourEDH vienne changer, non pas le résultat de la balance des intérêts opéré par l'application du principe de proportionnalité, mais l'équation de conciliation entre deux libertés fondamentales comme la liberté d'association et la libre circulation des marchandises par exemple.

Si ces deux exemples montrent que l'Union doit réfléchir sérieusement à mieux prendre en compte les droits fondamentaux dans l'élaboration de son système normatif, on pourrait également en déduire que l'adhésion à la CEDH risque immanquablement, et comme pour tout autre État partie, de remettre en cause des principes et des équilibres longuement éprouvés. Quoi de plus normal finalement ?

Si l'on met en perspective ce risque avec l'attitude de la Cour de justice au début des négociations d'adhésion, on se rend compte qu'elle diffère assez peu de celle des juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union face au principe de primauté<sup>55</sup>. Pour éviter que son ordre juridique soit déséquilibré par des décisions de la CourEDH, l'Union devrait alors se saisir de l'adhésion comme d'un moyen de prendre conscience de son identité constitutionnelle<sup>56</sup>. L'adhésion à la CEDH jouerait alors pleinement son rôle de révélateur des failles du système normatif de l'Union, mesurées à l'aune de la protection des droits fondamentaux des individus. Elle pourrait donc être salutaire, en contraignant l'Union à réformer ses structures et à définir positivement son irréductible spécificité.

---

<sup>54</sup> Arrêt *MSS c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09 (Grande chambre), 21 janvier 2011 et le commentaire de C. RAUX, « La politique d'asile de l'union européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* n° 2011/88.

<sup>55</sup> V. également A. TIZZANO, *RTDE* 2011, préc. p. 9.

<sup>56</sup> V. A. TIZZANO, préc.

## L'ADHÉSION DE L'UNION EUROPÉENNE À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : UN PROCESSUS ACHEVÉ ?

Dorothee MEYER\*

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme conduit, si l'on n'y prend garde, à se comporter comme l'âne de Buridan : quel parti prendre ?

Le parti du renforcement de la protection conventionnelle des droits de l'homme paraît le plus convenable. Il est ainsi d'ailleurs le plus affiché : comment admettre aujourd'hui encore que l'Union européenne, siège d'un pouvoir grandissant et multiforme à l'égard des particuliers, puisse échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>1</sup> ? Il s'agit alors selon une formule constante de cette dernière que « le rôle de la Convention en tant qu' « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emport[e] sur l'intérêt de la coopération internationale »<sup>2</sup> ou encore, selon la formule de Mme le juge Tulkens, de « soumettre l'Union européenne au même contrôle extérieur que les États »<sup>3</sup> en matière de droits de l'homme. Ce parti est

---

\* Maître de conférences, IHEE, Université de Strasbourg, Membre du CEIE, EA 3994, FR UdS/CNRS 3241.

<sup>1</sup> Le Projet de Rapport explicatif de l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales souligne ainsi que « l'adhésion à la Convention impose à l'UE des obligations en ce qui concerne les actes, mesures ou omissions de ses institutions, organes organismes ou agences, ou de personnes agissant en leur nom » tandis que « les décisions de la Cour dans les affaires dans lesquelles l'UE est partie seront contraignantes à l'égard des institutions de l'UE, y compris de la CJUE » (CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 14, § 21). L'adhésion est ainsi considérée d'emblée « d'autant plus important[e] que les États membres de l'UE ont transféré des compétences considérables à l'UE » (CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 11, § 5).

<sup>2</sup> CEDH, *Bosphorus Air Lines c. Irlande*, req. n° 45036/98, 30 juin 2005.

<sup>3</sup> Audition par la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen, 18 mars

inscrit dans le 3<sup>e</sup> considérant du Préambule du projet d'Accord d'adhésion tel qu'issu des travaux du groupe informel CCDH-UE, clôturés le 24 juin 2011<sup>4</sup>.

Dans le même temps, le parti de la meilleure administration de la justice possible, plus aride car plus technique, plus glissant car moins concentré sur les droits des particuliers-requérants, semble finalement dominer l'actualité de l'affaire. Ce qui pose difficulté alors est de mettre des systèmes juridiques en cohérence, de trouver « un moyen d'éviter toute lacune dans le système de la Convention liée à la participation, à la responsabilité et à l'opposabilité (...) but ultime de l'adhésion de l'UE, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice »<sup>5</sup>. On peut toujours, certes, présenter ce second parti comme venant au renfort du premier au service des requérants en ce qu'il « améliorera davantage la cohérence de la protection judiciaire des droits de l'homme en Europe »<sup>6</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'adhésion ne saurait affecter les équilibres propres à l'Union européenne en construction et en particulier le principe de son autonomie<sup>7</sup>. Elle devra donc « respecter la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres et entre les institutions de l'UE »<sup>8</sup>. C'est ainsi que le mécanisme de codéfense imaginé dans le Projet d'Accord d'adhésion a, semble-t-il, concentré et tous les efforts des négociateurs, et les dernières réticences des États<sup>9</sup>. Ce parti fait d'ailleurs, quant à lui, l'objet du 2<sup>e</sup>

---

2010, version PDF, p. 1).

<sup>4</sup> Les Hautes Parties contractantes à la Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne considèrent « en particulier, que les individus devraient avoir le droit de soumettre les actes, mesures ou omissions de l'Union européenne au contrôle externe de la Cour européenne des droits de l'homme » (Projet d'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 2).

<sup>5</sup> Projet de Rapport explicatif, préc., p. 16, § 31 non modifié depuis la version précédente.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 11, § 6.

<sup>7</sup> V. sur ce point la contribution de F. BERROD : « La protection de l'autonomie de l'Union européenne est-elle une condition existentielle de son adhésion à la CEDH ? », XV<sup>e</sup> Journées franco-roumaines, Strasbourg, table ronde du 18 juin 2011.

<sup>8</sup> Cette exigence constitue l'un des « principes généraux » de l'Accord d'adhésion (Rapport explicatif, préc., p. 12, § 7). Le juge Tulkens a souligné concrètement l'ambivalence d'un tel principe en se penchant, en particulier, sur la coexistence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme dans le champ de la protection des droits de l'homme : « Nos deux juridictions doivent pouvoir assurer leur mission essentielle. D'un côté, la Cour de justice est garante de l'interprétation du droit de l'Union : elle en a le monopole et l'exclusivité. D'un autre côté, la Cour européenne des droits de l'homme est, de la même manière, garante de l'interprétation de la Convention et ceci doit également être respecté. En revanche, il est certain que notre Cour ne saurait, en interprétant la Convention, se substituer aux autorités nationales ni à celles de l'Union européenne lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit interne ou les traités » (Audition au Parlement européen, préc., p. 2).

<sup>9</sup> À l'issue de la 7<sup>e</sup> réunion du CDDH-UE qui s'est tenue du 10 au 13 mai 2011, « les participants réservent [encore] leur position en vue des discussions à venir » quant aux paragraphes 2 et 3 de l'article 4 du Projet d'Accord d'adhésion relatif au mécanisme de codéfendeur (v. le

considérant du Préambule du projet d'Accord aux termes duquel « l'adhésion de l'Union européenne à la Convention améliorera la cohérence de la protection des droits de l'homme en Europe »<sup>10</sup>.

À tenter de se déterminer, l'observateur, comme l'âne célèbre donc, risque de mourir et de faim et de soif au beau milieu de l'enclos européen !

On ne peut, en effet, que souligner la nature dialectique de l'adhésion. À bien y regarder, ce constat est bien celui réalisé par la CEDH au fil de la jurisprudence qu'elle a développée dans la période récente : l'adhésion pour être symboliquement jugée comme nécessaire<sup>11</sup>, et désormais juridiquement

---

Rapport de réunion CDDH-UE (2011) 10, p. 13, notes 5 et 6). Ces réserves ont été levées lors de la 8<sup>ème</sup> réunion du CDDH-UE et les négociations ont ainsi pu être clôturées, le 24 juin 2011. Il est à noter que le mécanisme de codéfendeur fait désormais l'objet de l'article 3 du Projet d'Accord d'adhésion et que le texte des paragraphes 2 et 3 a été précisé sans que la philosophie générale du mécanisme n'ait été modifiée (v. *infra*, 2<sup>e</sup> partie).

<sup>10</sup> CDDH-UE (2011) 16 fin, préc., p. 2. Ce parti de cohérence est précisément démontré, avec toutes les nuances envisageables, par les professeurs Édouard DUBOUT et Sébastien TOUZÉ dans « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques » (in É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2009). Les auteurs proposent la réflexion suivante : « (...) la multiplication des institutions et le besoin de cohérence qu'elles ont engendré donne naissance à une forme de réseau institutionnel inédit, fait d'interactions horizontales à l'échelle supranationale. Cette situation est-elle durable ? Ne devrait-on pas assister à une verticalisation inévitable des rapports entre les organes supranationaux en charge de la protection des droits fondamentaux ? L'évolution de la jurisprudence de la CEDH depuis les arrêts *Cantoni*, *Matthews*, *Bosphorus* et désormais la décision CPVK, le laisse à penser » (p. 18).

<sup>11</sup> Cette « nécessité symbolique » a particulièrement été mise en exergue dans la période de promotion de la ratification de la Constitution pour l'Europe. En mai 2005, par exemple, la Commissaire en charge des relations extérieures et de la politique européenne de voisinage, Mme Ferrero-Waldner, s'exprimait ainsi devant le Sommet de Varsovie : « Now, finally, the EU Constitution includes a commitment that 'the European Union shall accede to the European Convention'. This will be a historic achievement for the protection of human rights in Europe, and a strong symbol for the protection of human rights in Europe, and a strong symbol of the EU's and Council of Europe's commitment to pan-European values ». Malgré l'échec de la Constitution pour l'Europe la « nécessité symbolique » perdure en 2008. Elle est particulièrement bien résumée par Mme Bemelmans-Videc : « Whereas accession to the ECHR is one of the conditions of entry into the EU listed among the 1993 Copenhagen criteria, the institutions of the EU/European Community are presently not bound by the ECHR. The fact that the EU member states – all member states of the Council of Europe and parties to the ECHR – have transferred substantial powers to supranational institutions without transmission of the responsibilities accruing from the ECHR conveys a negative message by giving the impression of disparate legal protection » (Rapport à la Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme, « The accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights » p. 2, § 5, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, doc. 11533, 18 mars 2008). Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la « nécessité symbolique », loin de disparaître, s'accroît. Selon le Parlement européen : « alors que l'Union voit son système de protection des droits fondamentaux complété et renforcé par l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans son droit primaire, son adhésion à la CEDH sera un signal fort de la cohérence entre l'Union et les pays appartenant au Conseil de l'Europe et son régime paneuropéen en matière de droits de l'Homme ; cette adhésion renforcera également la crédibilité de l'Union vis à vis des pays tiers auxquels, dans le cadre de ses rapports bilatéraux, elle demande régulièrement de respecter la CEDH » (Rapport sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

obligatoire<sup>12</sup>, ne peut néanmoins à elle seule parfaire la protection conventionnelle des droits de l'homme<sup>13</sup>.

Des négociations ont pourtant démarré selon une procédure originale placée sous l'égide du Conseil de l'Europe<sup>14</sup>, le 7 juillet 2010, pour « établir, d'un commun accord entre l'UE et les actuelles Hautes parties contractantes, les conditions de l'adhésion et les ajustements à apporter au système de la Convention »<sup>15</sup>. Les modalités d'adhésion doivent, en effet, couvrir au delà des seules questions d'adaptation de la CEDH, celles tenant à la représentation de l'Union européenne au sein du Comité des ministres du Conseil de l'Europe chargé notamment de l'exécution des arrêts de la CEDH ainsi que les questions de financement du système de la Convention par l'Union européenne. L'élaboration des instruments juridiques nécessaires pour établir ces modalités d'adhésion a non seulement fait l'objet d'une large publicité par le Conseil de l'Europe mais a également impliqué des « échanges de vues [et de contributions] avec des représentants de la Société civile »<sup>16</sup>. Dans le même temps, la Cour de justice de l'Union européenne et la CEDH ont poursuivi un dialogue régulier qui a conduit à une déclaration conjointe de leurs présidents fournissant « une référence importante et des indications pour la négociation »<sup>17</sup>. Le Projet d'Accord,

---

et des libertés fondamentales, Ramon Jauregui Atondo, Commission des affaires constitutionnelles, 2009/2241 (INI), p. 4).

<sup>12</sup> Le Conseil de l'Union européenne est on ne peut plus clair sur ce point : « The entry into force of the Treaty of Lisbon not only provides the legal basis to initiate negotiations in view of the accession of the European Union to the ECHR, but also makes the accession, an obligation of result. Art. 6 (2) TEU stipulates: « The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms » (Note from the Presidency to the COREPER/Council, 17 février 2010, doc. 6582/10, p. 1).

<sup>13</sup> De la même manière, ni le seul renforcement du « dialogue des juges » de la Cour de justice de l'Union européenne et de la CEDH, ni la seule Charte des droits fondamentaux hissée par l'effet du Traité de Lisbonne au rang du droit primaire de l'Union européenne ne peuvent répondre à toutes les questions posées par l'effectivité du contrôle des actes et agissements de l'Union européenne au regard des exigences conventionnelles. V. en ce sens, F. BERROD et D. MEYER, « (Ir)recevabilité et actes de l'Union européenne », in E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE, *Quel filtrage pour les requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, éd. du Conseil de l'Europe, 2011 et J.-P. JACQUÉ, « The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *CML Rev.* 2011-48.

<sup>14</sup> Selon le Rapport explicatif (préc., pp. 12-13, § 8 à 15), l'organisation des négociations a ainsi été confiée au Comité Directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) du Conseil de l'Europe qui a reçu pour ce faire mandat occasionnel du Comité des ministres tandis que la Commission européenne recevait, pour sa part, un mandat de négociation du Conseil de l'Union européenne. Le CDDH a ensuite constitué un groupe informel de 14 représentants d'États membres du Conseil de l'Europe (7 provenant d'États membres de l'UE et 7 provenant d'États non membres de l'UE). Ce groupe désigné par l'acronyme CDDH-UE et les représentants de la Commission ont tenu au total 8 réunions.

<sup>15</sup> Projet de Rapport explicatif, préc., p. 11, § 4.

<sup>16</sup> Projet de Rapport explicatif, préc., p. 12, § 13.

<sup>17</sup> Projet de Rapport explicatif, préc., p. 13, § 14.

achevé le 24 juin 2011, doit encore être transmis au Comité des ministres qui devra l'adopter après avis de l'Assemblée parlementaire et l'ouvrir à la signature des États membres du Conseil de l'Europe. Sans préjuger par surcroît du temps qu'il faudra pour obtenir toutes les ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur de l'Accord d'adhésion, y compris celle de l'Union, il convient de souligner d'emblée que le processus d'adhésion pour avoir bien progressé n'en est pas à son terme. Plusieurs stades de cette négociation peuvent encore conduire à modifier les instruments juridiques élaborés par le CDDH-UE.

L'adhésion est ainsi désormais – et jusqu'à plus amples négociations ? – consignée dans un projet d'accord accompagné d'un rapport explicatif, somme toute laconique, au regard de l'interminable période pré-adhésion semée d'embûches que l'on sait et dont il n'est pas certain d'ailleurs qu'elle s'achève rapidement. Elle est d'ores et déjà présentée comme un remède nécessaire aux lacunes du contrôle actuel de la CEDH. L'interconnexion entre le système de l'Union et celui de la Convention européenne des droits de l'homme passe en priorité, en l'état actuel des négociations par le mécanisme de la codéfense. La question se pose alors de savoir si ce mécanisme peut être à même de protéger l'irréductible spécificité de l'Union et de garantir un contrôle externe performant de la CEDH.

#### I. L'ADHÉSION, UN REMÈDE AUX LACUNES DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LES SITUATIONS IMPLIQUANT LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ?

Il faut bien reconnaître que les lacunes liées à la participation, à la responsabilité et à l'opposabilité que devrait combler l'adhésion sont très peu nombreuses dans la situation actuelle. Le cadre du contrôle externe, tel qu'établi depuis la décision *CFDT*<sup>18</sup> par la CEDH, sur les actes et politiques de l'Union européenne, présente l'avantage de la souplesse quant à la conciliation nécessaire entre protection des droits de l'homme et exigences de l'ordre juridique d'intégration qui caractérise cette dernière. En ce sens, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme ne devrait pas bouleverser l'état du droit mais contribuer à une cohérence, plus harmonieuse, entre les deux systèmes de droit.

---

<sup>18</sup> CEDH, *CFDT c. les Communautés européennes et subsidiairement la collectivité de leurs États membres et leurs États membres pris individuellement*, req. n° 8030/77, 10 juillet 1978. V. sur la question de l'approche systémique de la Cour quant au contrôle par elle exercé sur le droit de l'Union européenne : F. BERRÓD et D. MEYER, « (Ir)recevabilité et actes de l'Union européenne », préc.

A. – *Des lacunes circonscrites à des cas particuliers*

Certes aujourd'hui encore, la Cour n'admet pas la recevabilité *ratione personae* des requêtes formées contre l'Union européenne puisque cette dernière n'est pas partie à la Convention. Cette position constitue d'ailleurs le point de départ, tout à la fois, de la nécessité de l'adhésion et de la mise au point, par la Cour européenne des droits de l'homme, d'un système de contrôle qui fait « peser sur les États membres de l'Union et parties à la Convention, la responsabilité d'assurer la protection des droits et libertés de la convention dans leur ordre juridique, quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union ou à partir du moment où ils transfèrent à l'Union des compétences souveraines »<sup>19</sup>.

La Cour a ainsi admis peu à peu :

- la recevabilité *ratione personae* des requêtes contre des actes des États membres qui mettent en œuvre un acte de l'UE et ce quelle que soit par ailleurs la marge de manœuvre dont les États membres disposent dans cette mise en œuvre : c'est le cas emblématique de l'affaire *Bosphorus* dans lequel la Cour admet la recevabilité de la requête alors même que l'Irlande appliquait, sans marge de manœuvre aucune, un règlement de l'UE ;

- la recevabilité *ratione personae* des requêtes formées contre un État membre à propos d'actes de l'Union si l'État défendeur est intervenu directement ou indirectement dans la « commission de l'acte litigieux » ; c'est ce qui découle *a contrario* de l'affaire *Connolly* notamment, dans laquelle la Cour, après avoir affirmé qu'un acte de la Commission est seul en cause, s'attache à démontrer que « le requérant, en l'espèce, [ne] relève [pas] de la « juridiction » des États défendeurs au sens de l'article 1 de la Convention » ;

- la recevabilité *ratione materiae* des requêtes formées contre des actes de l'Union dès lors qu'il est « allégué que la protection des droits fondamentaux globalement offerte par [l'UE] ne serait pas « équivalente » à celle assurée par la Convention » ; là encore dans l'affaire *Bosphorus*, la Cour admet en effet qu'un cas d'espèce pourrait démontrer que la protection des droits de l'homme assurée par l'UE, présumée équivalente à celle de la Convention, est dans les faits « entachée d'une insuffisance manifeste ». Si tel était le cas, l'État membre devrait alors répondre de la violation de la Convention dans la mesure où cette dernière « en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale »<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> CEDH, *Bosphorus Airlines*, préc., § 156. Pour un commentaire de cet arrêt qui lie judicieusement la solution élaborée par la CEDH à cette période troublée de la construction de l'Union européenne qui a repoussé une fois encore l'adhésion, v. F. KAUFF-GAZIN, « L'arrêt



Précisons, en outre, que le droit primaire de l'UE est lui aussi soumis au contrôle de la CEDH ; l'affaire *Matthews*<sup>21</sup> est là pour en témoigner.

Le droit de l'Union européenne n'échappe donc pas aujourd'hui, loin s'en faut, au contrôle externe de la CEDH. Dans ce contexte, l'adhésion n'apportera de solutions que pour les seuls actes de l'Union européenne qui semblent pouvoir aujourd'hui encore échapper à tout contrôle extérieur de la Cour<sup>22</sup>, à savoir :

- les actes internes de l'Union, en particulier ceux qui donnent lieu au contentieux de la fonction publique<sup>23</sup> ;
- et les actes relatifs à l'exécution des politiques de l'Union, de la politique de concurrence ou de la PAC par exemple, imputables *stricto sensu* aux institutions de l'Union.

Sans négliger l'ampleur de ces lacunes au regard de la protection des droits de l'homme, en particulier dans le cas du contentieux de la fonction publique, il faut bien convenir que ce ne sont pas elles qui motivent la symbolique, ni la réflexion, ni la négociation aujourd'hui de l'adhésion. Depuis 1979 et le mémorandum de la Commission européenne, le nœud gordien peut, en effet, continuer d'être résumé ainsi : « the situation (...) is particularly unsatisfactory inasmuch as the Member States would certainly be unable to rely on the defence that it was merely fulfilling an obligation under Community law, while the Community, the party ultimately responsible would, for its part, have no opportunity to reply to the complaints against it »<sup>24</sup>.

Dans le cadre d'une réflexion sur les lacunes actuelles du contrôle externe que la CEDH peut exercer sur le droit de l'Union européenne, l'ouverture à l'Union, depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11 à la

---

*Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme : quand le juge de Strasbourg pallie le retard du constituant de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux... », *L'Europe des libertés*, n° 17, janvier-avril 2005. L'auteur souligne entre autres choses que « l'arrêt propose un début de statut des actes communautaires et compense les retards d'entrée en vigueur de la charte des droits fondamentaux de l'Union et d'adhésion de l'Union à la CEDH liés aux non-ratifications du Traité instituant une Constitution pour l'Europe. En outre, par son attitude positive à l'égard du système juridique communautaire, dont elle souligne à plusieurs reprises l'importance des objectifs, la Cour contribue à l'émergence d'un droit commun européen et facilite la collaboration entre les ordres juridiques » ([http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id\\_article=2&id\\_rubrique=3](http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=2&id_rubrique=3)).

<sup>21</sup> CEDH, *Matthews c. Royaume Uni*, req. n° 24833/94, 18 févr. 1999.

<sup>22</sup> Pour une analyse complémentaire, v. la contribution de Frédérique Berrod aux XV<sup>e</sup> Journées franco-roumaines, préc.

<sup>23</sup> CEDH, *Connolly c. Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède*, req. n° 73274/01, 9 déc. 1978.

<sup>24</sup> Commission européenne, Mémorandum sur l'adhésion des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme adopté par la Commission le 4 avril 1979 (COM (79) 210 final), *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 2/79, pp. 10-11.

Convention, d'une capacité à formuler des observations en qualité de tiers intervenant est peu évoquée. Il ne s'agit pas ici de discuter de toutes les virtualités d'un tel mécanisme mais de souligner que le contrôle de la CEDH sur le droit de l'Union dans cette longue période de pré-adhésion offre déjà certains moyens à l'Union européenne de ne pas être exclue des instances. Comme le souligne d'ailleurs le projet de rapport explicatif du projet d'accord d'adhésion : « la tierce intervention peut souvent demeurer la manière la plus appropriée d'impliquer l'UE dans une affaire »<sup>25</sup>. L'Union européenne, à ce jour, s'est d'ailleurs constituée, à la demande de la Cour, tiers intervenant dans plusieurs affaires et en particulier dans l'affaire *Bosphorus* dans laquelle seule l'Irlande était défendeur et dans l'affaire *Senator Lines* dans laquelle en revanche la stratégie du requérant avait conduit ce dernier à assigner les 15 États membres de l'Union européenne de l'époque<sup>26</sup>.

Le contrôle actuel a donc permis de dégager, et tel est d'ailleurs l'objectif affiché de la CEDH depuis 1978, un équilibre subtil entre nécessité de construire l'ordre public européen et exigences de la coopération internationale en assurant précisément le bon fonctionnement des organisations internationales, en particulier de l'Union Européenne<sup>27</sup>.

Certains ont pu penser qu'avec l'arrêt *MSS contre la Belgique et la Grèce*<sup>28</sup>, la Cour avait rompu cet équilibre en se prononçant pour la première fois de manière précise tant sur le fond du droit de l'Union, la substance du système européen d'asile en l'espèce, que sur le fonctionnement de l'Union en tant que telle, la répartition des compétences Union/États membres en l'espèce. L'affaire *MSS* démontrerait une « volonté de la Cour européenne de sanctionner les dysfonctionnements de la politique européenne d'asile »<sup>29</sup> et soulignerait une lacune majeure du contrôle actuellement exercé par la Cour : l'impossibilité de sanctionner directement l'Union dont le droit, pourtant, placerait inévitablement les États membres qui l'appliquent en position de violer les obligations qui découlent pour eux de la Convention<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 17, § 40.

<sup>26</sup> Dans les deux cas, d'aucuns ont qualifié l'Union européenne de réelle partie défenderesse. V. en ce sens, F. KRENC, « La décision *Senator lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH*, 61/2005, p. 139.

<sup>27</sup> Sur cette question précisément, v. F. BERROD et D. MEYER, « (Ir)recevabilité et actes de l'Union européenne », préc.

<sup>28</sup> CEDH, *MSS c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, 21 janv. 2011.

<sup>29</sup> C. RAUX, « La politique d'asile de l'union européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 2011/88.

<sup>30</sup> Le juge Tulkens argue ainsi ardemment de la nécessité d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention qui soit réalisée « aussi vite que possible » : « Alors que tous les États membres de l'UE sont soumis au contrôle extérieur de la Cour européenne des droits de l'homme, y compris quand ils mettent en œuvre le droit de l'Union, l'Union elle-même ne l'est pas. Ce sont donc les États qui, singulièrement, doivent « défendre » l'Union. De plus, l'Union ne peut pas agir

Il y a ici concentrée la critique quant aux limites de la position de la CEDH dans l'affaire *Bosphorus*. L'Irlande ne disposait en l'espèce d'aucune marge de manœuvre dans l'application qu'elle était donc tenue de faire du droit de l'Union européenne. Dans ces conditions, la suspicion d'incompatibilité avec les exigences conventionnelles ne pouvait que se porter sur le droit de l'Union. Or, il eut été malvenu de sanctionner l'État à la place de l'Union dans le cas confirmé d'une telle incompatibilité. La CEDH n'ayant pas clarifié la portée de la présomption d'équivalence posée dans l'arrêt *Bosphorus*, il était loisible de penser soit qu'elle avait, en réalité construit un « critère de l'immunité du droit communautaire au regard de la Convention »<sup>31</sup>, soit que les États membres de l'Union européenne devraient, tôt ou tard, être substitués à l'Union dans la responsabilité d'une violation de la Convention.

L'adhésion se présente alors comme la seule réponse adéquate à la question de savoir qui doit, en justice, être tenu pour responsable de la violation des droits de l'homme : celui qui fait le droit ou celui qui l'applique ?

#### B. – L'adhésion à la CEDH : un remède limité

L'appréhension de cette délicate question par la CEDH, dans l'affaire *MSS*, ne conduit pas à faire de l'adhésion l'alpha et l'oméga du renforcement de la protection des droits de l'homme en Europe.

La CEDH a jugé dans cette affaire que la Grèce et la Belgique qui appliquent le système européen d'asile violent, pour des motifs différents néanmoins, l'article 3 de la Convention qui interdit, sans dérogation possible, les traitements inhumains et dégradants. C'est la condamnation de la Belgique, bien plus que celle de la Grèce, qui fait débat ici. En effet, la Belgique s'était, semble-t-il, contentée d'appliquer le « règlement Dublin II »<sup>32</sup> pour désigner la Grèce comme l'État responsable du traitement de la demande d'asile de *MSS* et avait donc transféré ce dernier en Grèce. Ce mécanisme ayant à plusieurs reprises été jugé conforme aux exigences conventionnelles par la CEDH elle-même<sup>33</sup>, il n'y avait donc pas lieu que la

---

comme partie dans une procédure devant la Cour, ce qui peut entraîner des problèmes pour l'exécution des arrêts qui constatent une violation de la Convention par le droit de l'Union, comme on a pu le constater pour l'exécution de l'arrêt *Matthews* » (« Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTDE* n° 1/2011, p. 27).

<sup>31</sup> F. KAUFF-GAZIN, préc.

<sup>32</sup> Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

<sup>33</sup> CEDH, *T.I. c. Royaume-Uni*, req. n° 43844/98, 7 mars 2000 et *KRS c. Royaume-Uni*, req.

Belgique s'interroge sur la nécessité de faire jouer en l'espèce la « clause de souveraineté » qui lui aurait permis de prendre en charge discrétionnairement cette demande d'asile<sup>34</sup>.

Les Pays Bas, tiers intervenants dans cette affaire, sont sur ce point très incisifs :

« il ne peut être déduit des éventuelles défaillances du système grec d'asile une considération générale selon laquelle la protection juridique des demandeurs d'asile y est illusoire et encore moins en tirer la conséquence que les États membres doivent s'abstenir de transférer des personnes vers la Grèce au motif qu'ils violeraient, ipso facto, l'article 3 de la Convention. Il appartient à la Commission et à la Grèce avec le concours logistique des autres États membres et non à la [CEDH] d'organiser l'harmonisation du système grec avec les normes communautaires (...). Toute autre conclusion reviendrait de facto à révoquer le principe de confiance interétatique sur lequel le système « Dublin » se fonde, à bloquer, par le jeu des mesures provisoires, l'application du règlement ainsi qu'à remettre en cause l'approche équilibrée et nuancée que la Cour a adoptée, notamment dans son arrêt *Bosphorus* »<sup>35</sup>.

En d'autres termes, dans le cas où la CEDH reconnaîtrait que la Belgique aurait dû ne pas transférer *MSS* en Grèce et donc faire jouer la « clause de souveraineté », elle s'immiscerait, ce qui ne peut être sa vocation, dans l'interprétation à donner du mécanisme « Dublin II » dans son ensemble en limitant la portée du principe de confiance mutuelle entre les États membres de l'Union qui est au fondement même de ce mécanisme. Ce serait bien ainsi le droit de l'Union européenne qui présenterait des incompatibilités avec la Convention et pas la stricte application que la Belgique en a faite. Ce devrait donc être à l'Union européenne de répondre de cette distorsion.

L'argument est néanmoins spécieux au regard du système de contrôle du droit de l'Union européenne que la CEDH réaffirme et affine depuis 1978. D'une part, la CEDH ne peut se prononcer sur une violation alléguée de la Convention par un État membre de l'Union européenne lorsqu'il

---

n° 32733/08, 2 déc. 2008.

<sup>34</sup> L'article 3 § 2 du Règlement « Dublin II » prévoit, par dérogation à la règle générale, que chaque État membre peut examiner une demande d'asile même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. Ce faisant, cet État devient alors l'État membre responsable de la demande d'asile au sens du règlement et doit assumer l'ensemble des obligations qui sont liées à cette responsabilité dans le cadre du système européen d'asile.

<sup>35</sup> *MSS* § 330. Le Royaume-Uni quant à lui, dans sa tierce intervention, « souligne que le règlement « Dublin » présente un avantage fondamental qui est celui d'accélérer les délais d'examen des demandes et d'éviter que les intéressés développent indûment des liens sociaux et culturels dans un État. Partant, il faut être conscient que la mise en cause au titre de l'article 3 de l'État responsable du traitement de la demande d'asile en amont du transfert, comme en l'espèce, est de nature à ralentir à grande échelle tout le processus » (*MSS* § 229).

applique le droit de l'Union sans apprécier la marge de manœuvre dont ce dernier dispose. D'autre part, si cette marge de manœuvre est inexistante, la présomption de protection équivalente, pour être maintenue, doit être vérifiée au cas par cas pour débusquer une erreur manifeste. Cependant, si cette marge de manœuvre existe, la responsabilité de l'État est examinée au regard des exigences conventionnelles. Enfin, cette responsabilité reconnue le cas échéant, il appartient à l'État d'en tirer les conséquences pour faire cesser la violation constatée, y compris dans ses rapports avec les autres États membres et l'Union européenne elle-même<sup>36</sup>.

La Cour n'a donc pas fait preuve d'incohérence dans l'affaire *MSS* et, comme à son habitude, s'est cantonnée à la recherche de l'équilibre indispensable entre protection des droits de l'homme et développement de la coopération internationale<sup>37</sup>. Elle constate que le principe de la confiance mutuelle au cœur du mécanisme « Dublin II » doit être appréhendé par les États membres de l'Union eux mêmes à l'aune de la « clause de souveraineté » ; cette clause, en effet, ne peut avoir d'autre sens que de laisser l'application du système européen d'asile à l'appréciation au cas par cas de chaque État membre. Le professeur Labayle ne laisse, de ce point de vue, subsister aucun doute :

« Que les États jugent utile de développer en matière migratoire des éléments de langage basés sur la confiance qu'ils se portent est parfaitement admissible au plan politique. Cela ne change rien à l'affaire du point de vue juridique : ils n'ont pas abdiqué leur compétence pour autant et la présence d'une « clause de souveraineté » au sein du règlement Dublin leur permet de s'acquitter de leurs obligations internationales en cas de problème »<sup>38</sup>.

Il en va, en réalité, bien plus d'une réévaluation du sens politique à donner, dans la période et au sein de l'Union européenne<sup>39</sup>, à la confiance

<sup>36</sup> La Cour ne se prive pas d'un rappel détaillé de sa jurisprudence à l'égard des situations impliquant le droit international et le droit de l'Union européenne en général et le Règlement Dublin II en particulier (§ 341 à 343).

<sup>37</sup> Nicolas Hervieu, par exemple, constate que « la Grande Chambre expose une démarche en deux temps qui tâche de parvenir à un difficile équilibre ». Il ajoute : « la Grande Chambre semble avoir trouvé ici un compromis satisfaisant : ne pas condamner frontalement le système des réadmissions « Dublin II », mais dégager un angle permettant de contraindre chaque État partie – également membres de l'Union – au respect des exigences conventionnelles sans qu'il ne puisse se cacher derrière d'autres obligations européennes » (« Conventionnalité de la procédure de réadmission « Dublin II » dans son application aux demandeurs d'asile renvoyés vers la Grèce », *Actualités droits-libertés*, 21 janv. 2011 (2), p. 3). On peut ajouter que c'est la démarche construite et affichée par la Cour depuis 1978 ...

<sup>38</sup> H. LABAYLE, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFDA*, 2011/2, p. 286.

<sup>39</sup> Période que l'on peut, au demeurant, qualifier d'agitée au sein de l'Union européenne ! La Cour est loin d'ailleurs d'ignorer le contexte tant à l'égard de la Belgique que de la Grèce. Elle ne s'empêche par exemple pas de noter : « Eu égard à ce qui précède, la Cour estime qu'au moment d'expulser le requérant, les autorités belges savaient ou devaient savoir qu'il n'avait aucune garantie

mutuelle que d'une question de compatibilité du Règlement « Dublin II » avec la Convention. La Cour souligne d'ailleurs, qu'en l'état, la réglementation de l'Union européenne offre les moyens suffisants aux États membres pour se conformer à la Convention. Selon elle, en effet, « les autorités belges auraient pu, en vertu [de la « clause de souveraineté »], s'abstenir de transférer le requérant si elles avaient considéré que le pays de destination, en l'occurrence la Grèce, ne remplissait pas ses obligations au regard de la Convention »<sup>40</sup>. Puis elle précise : « [les autorités belges] avaient les moyens de s'opposer [au] transfert [de MSS] »<sup>41</sup>.

C'est bien, en l'espèce, l'État qui applique le système européen d'asile qui contrevient aux obligations qui découlent pour lui de la Convention. Le traitement que la Grèce a réservé à MSS est, en tout état de cause, contraire au système européen d'asile mis en place par l'Union européenne et, partant non conforme à la Convention<sup>42</sup>. Quant à la Belgique, sans adopter une position contraire au Règlement « Dublin II », elle n'en exploite pas toutes les virtualités au regard des exigences conventionnelles<sup>43</sup>. La question de la responsabilité de l'Union européenne, en l'espèce, ne se posait pas ; ni celle, du même coup, de l'appréciation de la présomption d'équivalence. La CEDH continue néanmoins d'apprécier la « conventionalité » du droit de l'Union européenne pour vérifier que les États « par le biais de transferts de compétence, (...), [ne] puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées »<sup>44</sup>.

L'adhésion, enfin, pourrait-elle conduire à lever la présomption d'équivalence posée par la CEDH dans les cas différents de celui emblématique que constitue *MSS c. Belgique et Grèce* ? La question reste

---

de voir sa demande d'asile examinée sérieusement par les autorités grecques » (*MSS*, § 358).

<sup>40</sup> *MSS*, § 340.

<sup>41</sup> *MSS*, § 358.

<sup>42</sup> Le raisonnement de la Cour est ici très clair qui décide notamment que « l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités grecques en vertu des termes mêmes de la législation nationale qui transpose le droit communautaire, à savoir la directive 2003/9 du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres » (§ 250). La Cour ajoute d'ailleurs que : « Au vu de ce qui précède et compte tenu des obligations reposant sur les autorités grecques en vertu de la directive européenne Accueil, la Cour est d'avis qu'elles n'ont pas dûment tenu compte de la vulnérabilité du requérant comme demandeur d'asile et doivent être tenues pour responsables » (§ 263).

<sup>43</sup> Le professeur Labayle, là encore, est particulièrement définitif : « Ici cependant, et à l'inverse du cas de la jurisprudence *Bosphorus*, le droit de l'Union n'est pas suspect d'incompatibilité avec la CEDH : il contient précisément une « clause de souveraineté » permettant à chaque État de préserver le respect du droit d'asile et de la CEDH. Seule l'attitude de l'État membre est donc en cause lorsqu'il refuse discrétionnairement d'en user. (...) Raisonner autrement signifierait que le règlement Dublin commande un transfert automatique, liant la compétence de l'État membre. Tel n'est pas le cas » (*RFDA*, préc., p. 289).

<sup>44</sup> Commission européenne des droits de l'homme, *Tête c. France*, req. n° 11123/84, 9 déc. 1987.

entière. Il s'agit des cas peu nombreux jusqu'à présent où, les États membres ne disposant d'aucune marge de manœuvre dans l'application du droit de l'Union, cette dernière pourrait, par effet de l'adhésion, être atraite devant la CEDH. Cette question, dont on ne peut douter qu'elle ait été abordée par les négociateurs tant elle préoccupe les États membres de l'Union depuis l'affaire *MSS* paradoxalement, ne trouve de traduction concrète ni dans le Projet d'Acte d'adhésion, ni dans le rapport explicatif annexé. C'est, en réalité, qu'elle relève de l'office du juge de Strasbourg uniquement et ne saurait faire l'objet de l'accord d'Adhésion que si le parti était pris de limiter son étendue. Il suffit pour s'en convaincre de relire la position développée par Mme le juge Tulkens :

« lorsqu'elle sera partie contractante à la Convention, l'Union pourra voir sa responsabilité engagée du fait des actes de ses organes ; d'où la question de savoir si la jurisprudence *Bosphorus* pourra ou devra être maintenue dans le nouveau cadre juridique issu de l'adhésion. Bien sûr, il appartiendra à notre Cour de le décider, le moment venu, dans le contexte d'un litige concret. Je ne vais donc évidemment pas anticiper sur une décision judiciaire mais plutôt vous rappeler les termes du débat. D'un côté, le maintien de la jurisprudence *Bosphorus* pourrait se justifier par le fait que l'adhésion ne fait pas disparaître l'une des raisons d'être ou même, plus fondamentalement, la fonction de la figure juridique de la présomption établie dans l'arrêt *Bosphorus*, à savoir la nécessité de ne pas entraver la coopération internationale au sein de l'organisation supranationale qu'est l'Union européenne. D'un autre côté, il peut être difficile de concilier le maintien de la présomption d'équivalence – qui pourrait apparaître comme une sorte de « privilège » accordé à l'ordre juridique de l'Union – avec le principe d'égalité de toutes les parties contractantes à la Convention »<sup>45</sup>.

Notons, à toutes fins utiles, que parmi les « principes généraux » qui gouvernent l'Accord d'adhésion figure en tout premier lieu celui d'égalité de toutes les Hautes parties contractantes. Déclinée quant à l'Union européenne, cette égalité propre au système de la Convention suppose que l'Union européenne « devrait, en principe, adhérer à la Convention sur un pied d'égalité avec les autres Parties contractantes, c'est-à-dire avec les mêmes droits et les mêmes obligations ». Néanmoins, l'Accord d'adhésion est en soi envisagé comme le moyen de proposer les adaptations « strictement nécessaires » au système actuel de contrôle de la Convention, « l'Union n'étant pas un État »<sup>46</sup>. Rien n'empêche alors de penser que les négociateurs mettent ici en balance habilement le principe d'égalité entre les Parties contractantes et l'attachement maintes fois réitéré par la CEDH à

<sup>45</sup> « Pour et vers une organisation harmonieuse », préc.

<sup>46</sup> Rapport explicatif, préc., p. 12, § 7.

« l'importance croissante de la coopération internationale et [à] la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des organisations internationales »<sup>47</sup>.

Reste que l'adhésion, sans être absolument nécessaire du strict point de vue du renforcement de la protection des droits de l'homme garantie actuellement en Europe, grâce à l'œuvre patiente de la Cour européenne, est désormais obligatoire. Reste également que les négociations de l'accord d'adhésion se sont vues fixer comme objectif de « constitu[er] une étape majeure dans le développement de la protection des droits de l'homme en Europe »<sup>48</sup>, c'est-à-dire éviter à l'Union européenne d'être « plac[ée] dans la pire des situations possibles, celle d'être justiciable devant une Cour où elle ne peut avoir le statut de partie au litige »<sup>49</sup>.

## II. L'ADHÉSION, UN MÉCANISME DE CODÉFENSE GLOBALEMENT PERFORMANT ?

Négocier l'adhésion a d'abord consisté à se pencher sur les aménagements de la Convention nécessaires pour répondre à ces caractéristiques bien connues de l'Union européenne « qui n'est ni un État, ni un membre du Conseil de l'Europe et qui est dotée d'un système juridique spécifique »<sup>50</sup>. Le mécanisme de codéfense s'inscrit ainsi précisément dans la catégorie des « adaptations de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme pour tenir compte des caractéristiques de l'ordre juridique de l'UE et, notamment de la relation spécifique entre l'ordre juridique d'un État membre de l'UE et celui de l'UE elle-même »<sup>51</sup>. Il paraissait, en effet, assez clair que la Cour européenne des droits de l'homme, à la recherche de la responsabilité d'une Haute partie contractante dans la commission d'une violation alléguée des droits protégés par la Convention, se trouvera, après l'adhésion, confrontée à une situation inédite, « une situation unique (...) dans laquelle un acte juridique est adopté par une Haute partie contractante et mis en œuvre par une autre »<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> V. not. CEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, req. n° 26083/94, 18 févr. 1999, § 63 et 72 et *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, 21 nov. 2001, § 54.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 11, § 1.

<sup>49</sup> F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention ? », *RTDH* 64/2005, p. 853.

<sup>50</sup> Rapport explicatif, préc., p. 11, § 3.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*, préc., p. 16, § 32.



A. – *Un mécanisme logique*

Le mécanisme de codéfense a sans nul doute constitué le cœur des négociations de l'Accord d'adhésion<sup>53</sup>. Sans constituer une véritable innovation de technique juridique, il n'avait pas l'heur de plaire à tous les États<sup>54</sup>. Il a également concentré la plupart des observations transmises au CDDH-UE par plusieurs groupements d'ONG d'une part et par la Confédération européenne des syndicats d'autre part<sup>55</sup>. Il fait l'objet de l'article 3 du Projet d'accord d'adhésion qui prévoit, notamment, l'adjonction d'un quatrième paragraphe à l'article 36 de la Convention européenne des droits de l'homme qui se lit comme suit :

« 4. L'Union européenne, ou un État membre de l'Union européenne, peut devenir codéfendeur dans une procédure par décision de la Cour dans les circonstances prévues dans l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le codéfendeur est partie à l'affaire. La recevabilité d'une requête est examinée indépendamment de la participation d'un codéfendeur à la procédure ».

Ce mécanisme doit ainsi permettre d'éviter toute situation dans laquelle une requête alléguant *ratione materiae* une violation de la Convention par le droit de l'Union européenne soit mal dirigée *ratione personae* à raison de la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres<sup>56</sup>. Il permet donc globalement « à l'UE de devenir codéfendeur dans une procédure contre un ou plusieurs de ses États membres et, de

<sup>53</sup> V. *supra*, note 8.

<sup>54</sup> Jean-Paul Jacqué situe l'inspiration de ce mécanisme dans l'annexe IX, article 6 de la Convention sur le droit de la mer (« L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, Note à l'attention de la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen en vue de l'audition du 18 mars 2010 », p. 2). La délégation allemande s'exprimant sur le sujet au Conseil de l'Union européenne en février 2010 est assez radicalement opposée à ce mécanisme : « Germany does not believe it is necessary to create a co-defendant mechanism » (Conseil de l'Union européenne, doc. 6392/10, 12 févr. 2010, p. 2). Quant au gouvernement français, malgré une position affichée en faveur du mécanisme, on peut déduire des divers documents de négociation publiés qu'il a émis quelques réserves quant au fonctionnement pratique et notamment quant au caractère obligatoire de la codéfense envisagée dans un premier temps des négociations.

<sup>55</sup> On peut facilement retrouver tous ces documents sur le site du Conseil de l'Europe qui leur est dédié : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/cddh-ue\\_documents\\_FR.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/cddh-ue_documents_FR.asp).

<sup>56</sup> Le Protocole n° 8 au Traité de Lisbonne qui est au fondement du mandat des négociateurs de l'Union européenne prévoit, en effet, dans son article 1<sup>er</sup> que l'Accord d'adhésion « doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne :

a) les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne ;

b) les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas ».

manière similaire, (...) aux États membres de l'Union européenne de devenir codéfendeurs dans une procédure contre cette dernière »<sup>57</sup>. Ainsi peut-il sembler, à première vue, qu'il s'est agi, au cours de ces négociations, de substituer un mécanisme unique, complet mais aussi simplifié dans l'intérêt des requérants<sup>58</sup>, au système actuel de contrôle sur le droit de l'Union européenne pratiqué par la CEDH.

À n'en pas douter, les négociateurs, et ceux de l'union européenne en particulier, avaient à l'esprit de rectifier l'une des conséquences indirectes du système de contrôle mis en place par la CEDH dans la période pré-adhésion. En effet, cette dernière pour accueillir les requêtes mettant en cause, *ratione materiae*, le droit de l'Union a dû se lancer dans l'appréciation de la marge de manœuvre dont dispose les États membres lorsqu'ils appliquent ce droit. Elle encoure alors une critique cinglante, renouvelée d'ailleurs par l'affaire *MSS*. En appréciant la marge de manœuvre des États membres, la Cour ne peut pas éviter de se pencher à tout le moins sur l'examen de la nature de l'acte mis en cause comme sur l'interprétation du principe d'administration indirecte. Dans l'affaire *MSS*, elle se serait de surcroît départie de sa prudence habituelle en se penchant sur l'interprétation à donner du Règlement « Dublin II » quant aux compétences qu'il accorde aux États pour déterminer l'État responsable de la demande d'asile. Elle aurait en quelque sorte pratiqué un contrôle d'opportunité. C'est ainsi que la plupart des commentateurs ont dénoncé la condamnation de la Belgique dans cette affaire au motif que la Cour se serait arrogée, par là même, la compétence d'interpréter la « clause de souveraineté » du Règlement « Dublin II » et aurait dénoncé le principe de confiance mutuelle entre les États membres de l'Union. Le soin que la Cour a toujours pris de justifier strictement son raisonnement au regard justement de l'autonomie et des particularités de l'ordre juridique de l'Union comme la difficulté, en toute logique, de contester son interprétation de la « clause de souveraineté » n'ont pas empêché cette levée de bouclier<sup>59</sup>. Le Professeur

<sup>57</sup> Rapport explicatif, préc., p. 16, § 31.

<sup>58</sup> C'est l'argument précisément développé par Florence Benoît-Rohmer devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : « the procedures that currently have to be followed by a potential victim are complicated in that, after exhausting domestic and EU remedies, he or she must lodge an application with the Strasbourg Court, not against the perpetrator of the contested act (the Union or the Community), but against a member state. If that state is convicted, there is no guarantee that the victim's situation will be remedied, since the remedy depends on a third party, the European Union » (Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme, *Rapport sur l'adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, M. L. BEMELMANS-VIDEC, Doc. 11533, 18 mars 2008, p. 6, § 13).

<sup>59</sup> V. sur ce point les développements du Professeur Labayle, *RFDA*, préc., pp. 286-287. Jean-Paul Jacqué souligne également en ce sens : « although in this case the solution of the ECtHR hardly attracts any criticism, as the Union law is clear, in other cases the situation may be more complex which would require the ECtHR to intervene in the division of powers and in the interpretation of

Jacqué résume d'ailleurs très bien l'état d'esprit qui doit alors, dans un tel contexte, animer les négociateurs de l'Union européenne quant au mécanisme de codéfense : « il s'agit d'éviter, en cas de recours individuel, qu'à travers le choix du défendeur la Cour de Strasbourg puisse être amenée à se prononcer sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. En effet, cette question ne peut être laissée à la Cour de Strasbourg puisqu'elle relève de choix effectués par les auteurs des traités et qu'elle ne relève pas de la compétence de la CEDH »<sup>60</sup>.

De l'utilité de l'adhésion...

Toutes les hypothèses sont ainsi couvertes par le mécanisme dès lors que le droit de l'Union est mis en cause : celle d'une requête dirigée à la fois contre l'Union européenne et un ou plusieurs de ces États membres<sup>61</sup> ; celle d'une requête dirigée uniquement contre un ou plusieurs États membres<sup>62</sup> et celle d'une requête dirigée uniquement contre l'Union européenne<sup>63</sup>.

Pour autant, le mécanisme atteint-il réellement son but ?

### B. – *Un mécanisme en définitive peu adapté*

La codéfense répond sans doute à certains des principes qui gouvernent les instances devant la CEDH. Les enseignements tirés de la période pré-adhésion sont de ce point de vue précieux pour envisager le déploiement du mécanisme.

La codéfense devrait permettre, tout d'abord, de libérer la CEDH de l'obligation de trancher la question de l'existence, hypothétique au plan juridique, d'une responsabilité collective des États membres du fait du droit de l'Union. Cette hypothèse avait été esquivée par la Cour, pressée pourtant par les stratégies des requérants, dans deux affaires emblématiques de la période pré-adhésion : *Matthews* et *Senator lines*<sup>64</sup>. La codéfense, en aménageant au plan procédural l'adhésion, permet désormais non seulement

---

Union Law » (« The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *CML Rev.* 2011-48, p. 1014).

<sup>60</sup> J.-P. JACQUÉ, « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, Note à l'attention de la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen en vue de l'audition du 18 mars 2010 », p. 2.

<sup>61</sup> Cette hypothèse est prévue au § 4 de l'article 3 du Projet d'Accord d'adhésion (CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 4).

<sup>62</sup> Cette hypothèse est prévue au § 3 de l'article 3 du Projet d'Accord d'adhésion (CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 4).

<sup>63</sup> Cette hypothèse est prévue au § 2 de l'article 3 du Projet d'Accord d'adhésion (CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 4).

<sup>64</sup> V. sur ce point, l'article définitif selon nous, de F. KRENC, « La décision *Senator lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH*, 61/2005, particulièrement pp. 155-158.

d'attirer l'Union en tant que partie, au sens plein du terme<sup>65</sup>, à une affaire devant la CEDH mais également de rediriger contre l'Union elle-même, une requête à tort dirigée uniquement contre l'un, plusieurs ou tous les États membres. Elle est ainsi, un système de responsabilité partagée<sup>66</sup>. Il faut aussi souligner qu'il est prévu que « défendeur et codéfendeur se présentent conjointement dans la procédure devant la Cour »<sup>67</sup>. Cette disposition résout en partie l'impératif du respect de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres qui a dominé les négociations. Johann Callewaert résume la situation nouvelle : « The judgment would be handed down against both of [the co-respondents] taken together (“in solidarity”) and it would be left to them to agree on who should act in order to execute the judgment »<sup>68</sup>.

Il va sans dire, en effet, que tant les modalités de fonctionnement du mécanisme de codéfense que les prolongements de celui-ci dans l'exécution des arrêts de la Cour doivent relever, pour l'Union et ses États membres, de règles internes et devant la CEDH de positions conjointes<sup>69</sup>.

Ensuite, le mécanisme de codéfense répond à l'impératif d'accès facilité à la juridiction de la Cour. Le système de répartition des compétences de l'Union européenne pour être essentiel n'en est pas moins complexe pour les requérants et susceptible d'obérer l'accès de ces derniers à la Cour. Comme le souligne plusieurs ONGs ayant présenté des observations au CDDH-UE lors des négociations : « applicants may not understand that they can bring an application against the EU or against both the EU and a Member State; they may feel that taking on the Union or the Union and a Member State is too great a challenge; or, and we anticipate that this will usually be the case, they will not understand how the violation

---

<sup>65</sup> Le rapport explicatif est curieusement laconique sur le sens à donner au statut de partie devant la CEDH : « Le nouvel article 36, paragraphe 4, de la Convention prévoit que le codéfendeur a le statut de partie à l'affaire. Si la Cour établit une violation de la Convention, le codéfendeur sera également lié par les obligations découlant de l'article 46 de la Convention » (CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 16 § 33). Il va sans dire, en effet, que l'Union européenne sera également tenue par l'article 41 de la Convention relatif à la satisfaction équitable.

<sup>66</sup> V. sur ce point, J.-P. JACQUÉ, préc., *CML Rev.* 2011-48, pp. 1014-1015.

<sup>67</sup> Art. 3 §7 du Projet d'Accord d'adhésion (CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 4).

<sup>68</sup> « Accession by the EU to the European Convention on Human Rights : some practical issues », ERA, Trieste, 23 avril 2010, dactyl. p. 3.

<sup>69</sup> Le rapport explicatif de l'Accord d'adhésion précise : « le défendeur et le codéfendeur(s) peuvent être conjointement responsables par rapport à la violation alléguée sur la base de laquelle une Haute Partie contractante est devenue codéfendeur. Si la Cour reconnaît cette violation, on peut s'attendre à ce que normalement elle le fera [sic.] pour le défendeur et le(s) codéfendeur(s) conjointement ; sinon, il y aurait un risque que la Cour procède à une appréciation de la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres. Le défendeur et le codéfendeur peuvent en tout état de cause, dans une affaire donnée, présenter des observations conjointes à la Cour en indiquant que la responsabilité pour une violation alléguée devrait être attribuée uniquement à l'un ou à l'autre » (§ 54, p. 19).

of which they have been a victim engages the responsibilities of both the EU and a Member State. Understanding this will usually require complex knowledge about the division of competences between the Union and its Member States »<sup>70</sup>.

Le mécanisme de codéfense doit justement permettre aux requérants de ne pas avoir à trancher les épineuses questions soulevées par la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Le professeur Jacqué relève ainsi : « the authors of the TEU were fully aware of this problem (...). The establishment of such a mechanism is all the more important in that cases in which the responsibility of Member States and that of the EU is closely intertwined are frequent. (...) This specificity of the Union must necessarily be taken into account in order to avoid gaps in the protection system, insofar as the application could be declared inadmissible if the applicant did not make the correct choice of defendant, which would mean the applicant having to start proceedings all over again – if that is even still possible. Finding a solution to this problem is not merely in order to address a preoccupation of the Union, but also to strengthen the effectiveness of the protection offered to individuals »<sup>71</sup>.

Certes, « aucune Haute partie contractante ne pourrait être obligée contre sa propre volonté de devenir codéfendeur » dans la mesure où ce serait admettre que la Cour puisse, en quelque sorte, décider du défendeur adéquat<sup>72</sup>. Dans ces conditions, et dans tous les cas de figure, l'Union comme ses États membres ne pourront être codéfendeurs que s'ils en font la demande<sup>73</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'en principe, ce mécanisme est bien un mécanisme de redirection des requêtes<sup>74</sup>. La Cour pourra toujours, dès la notification ou plus tard dans la procédure, solliciter de l'Union ou des États membres qu'ils interviennent en tant que codéfendeurs<sup>75</sup>. De plus, le rapport explicatif de l'Accord d'adhésion insiste sur la possibilité qui reste offerte aux requérants, par le paragraphe 4 de l'article 3 de l'Accord, de diriger leurs requêtes à la fois contre l'Union européenne et l'un ou plusieurs de ses États membres. L'avantage pour les requérants est alors indéniable : « Lorsqu'une requête est dirigée à la fois contre l'UE et un de

<sup>70</sup> « NGOs' perspective on the eu accession to the ECHR : the proposed co-respondent procedure and consultation with civil society », note présentée à l'occasion de la réunion du CDDH-UE sur l'adhésion, 6-8 déc. 2010, p. 1. V. références données à la note 48 *supra* pour accéder à ce document.

<sup>71</sup> J.-P. JACQUÉ, préc., *CML Rev.* 2011-48, p. 1014.

<sup>72</sup> Rapport explicatif, préc., p. 18, § 47.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 18, § 46 et 47.

<sup>74</sup> « Pour utiliser le langage [du Protocole n° 8 au Traité de Lisbonne] le mécanisme de codéfendeur donne l'opportunité de « corriger » les requêtes » précise le rapport explicatif (préc., § 35).

<sup>75</sup> *Ibid.* § 47.

ses États membres, le mécanisme s'appliquera aussi si l'UE ou son État membre n'est pas la partie qui a agi ou qui a omis d'agir à l'égard du requérant, mais la partie qui a établi la base juridique de l'acte ou de l'omission. Dans ce cas, le mécanisme de codéfendeur permettra que la requête ne soit pas déclarée irrecevable par rapport à cette partie en tant qu'incompatible *ratione personae* »<sup>76</sup>.

Reste que la codéfense présente, en l'état, certaines limites.

Il est certain, d'abord, que la décision d'admettre un codéfendeur dans une instance appartient à la CEDH. Cela relève des termes mêmes du nouveau paragraphe 4 de l'article 36 de la Convention. La Cour devra ainsi, au moins *prima facie*<sup>77</sup>, continuer à se pencher sur la question générale de savoir qui, dans une espèce donnée, de l'Union ou de ses États membres peut être en mesure de répondre d'une violation alléguée de la Convention. Le rapport explicatif de l'Accord d'adhésion prévoit d'ailleurs deux tests pour identifier les cas potentiels de déclenchement du mécanisme<sup>78</sup>. On perçoit bien qu'il appartiendra, d'abord et avant tout, à la Cour de pratiquer ces tests dans la mesure où « le mécanisme de codéfendeur s'applique uniquement aux affaires notifiées à une Haute Partie contractante » sans préjudice de la « pratique courante selon laquelle la Cour procède à un examen préliminaire des requêtes »<sup>79</sup>. Certes, l'Union ou ses États membres pourront, eux aussi, pratiquer ces tests et demander, le cas échéant à se constituer codéfendeurs. La Cour a d'ailleurs déjà concédé qu'elle ferait un effort de publication rapide des requêtes notifiées et des informations pertinentes afférentes à une codéfense éventuelle<sup>80</sup>.

Il est à peu près sûr, néanmoins, que l'Union européenne et ses États membres devront aménager un système « interne » de veille complexe pour résoudre des questions cruciales. Le rapport explicatif souligne d'ailleurs que de manière générale « pour mettre en œuvre l'Accord d'adhésion, l'UE devra adopter des règles juridiques internes régissant plusieurs questions, y compris le fonctionnement du mécanisme de codéfendeur »<sup>81</sup>. Le professeur Jacqué est assez définitif en ce sens : « The system must in any case necessarily include rules internal to the European Union for determining the procedure implementing the mechanism : activating the mechanism, participating in the proceedings, enforcement of judgements, settlement of any disputes on the division of powers. The adoption of such rules will be

---

<sup>76</sup> *Ibid.* § 37.

<sup>77</sup> V. en ce sens, J.-P. JACQUÉ, préc., *CML Rev.* 2011-48, p. 1015.

<sup>78</sup> Rapport explicatif, précité, § 46 à 50. Pour une analyse de l'élaboration de ces tests au cours des négociations, v. J.-P. JACQUÉ, préc., *CML Rev.* 2011-48, pp. 1015-1016.

<sup>79</sup> *Ibid.* § 45.

<sup>80</sup> *Ibid.* § 46.

<sup>81</sup> *Ibid.* § 20.

excluded from the negotiation process, because these are matters purely internal to the Union »<sup>82</sup>.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut se demander qui de l'Union ou des États statuera sur l'opportunité de déclencher la codéfense ? Si un mécanisme spécifique doit être envisagé pour trancher un désaccord entre l'Union et les États membres en la matière ? Si l'Union et les États membres seraient tenus d'aller au soutien du défendeur principal qui en exprimerait la demande ? Si l'Union ou les États membres pourraient demander à se constituer codéfendeur sans que la question ait préalablement reçu l'agrément du défendeur principal ?

Il y a fort à parier donc que loin d'exclure la CEDH d'une appréciation quant à la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, le mécanisme de codéfense la suscite au contraire... Les requérants risquent, en effet dans ces conditions, d'attirer systématiquement l'Union et ses États membres devant la Cour en cas de doute quant au déclenchement possible du mécanisme. On peut alors se demander comment évolueront les rapports entre la CEDH et les défendeurs, Union européenne et/ou États membres, dans les cas où ces derniers seront sollicités après un examen même circonscrit par son caractère *prima facie* ?

Outre que la désignation d'un codéfendeur constituera une charge supplémentaire pour le requérant dans la constitution et la défense de sa requête<sup>83</sup>, il faut bien considérer que dans la plupart des cas qui, dans la période de pré-adhésion, ont soulevé des questions relatives au droit de l'Union européenne, le mécanisme de codéfense n'aurait pas trouvé à s'appliquer<sup>84</sup>. Le groupe de travail du CDDH-UE note d'ailleurs en ce sens « qu'il est estimé que, dans les années récentes, les seules affaires dans lesquelles le mécanisme de codéfendeur [prévu dans l'accord d'adhésion] aurait certainement été nécessaire auraient été *Matthews c. Royaume Uni, Bosphorus Airways c. Irlande et Cooperatieve Producentorganisatie van de*

<sup>82</sup> J.-P. JACQUÉ, préc., *CML Rev.* 2011-48, p. 1016. V. également, pour une analyse détaillée, la contribution de Frédérique Berrod aux XV<sup>e</sup> Journées franco-roumaines, préc.

<sup>83</sup> V. sur ce point les explications très précises des ONGs intervenues auprès du groupe de travail du CDDH-UE au cours des négociations : « NGOs' perspective on the eu accession to the ECHR : the proposed co-respondent procedure and consultation with civil society », préc., p. 2.

<sup>84</sup> La contribution d'AIRE center et Amnesty international aux négociations, transmise le 10 mai 2011, est édifiante sur ce point. Elle liste 11 affaires récentes relatives à des actes des États membres de l'Union européenne qui appliquent ou mettent en œuvre le droit de l'Union et donc susceptibles de déclencher, *prima facie*, la mise en cause et de l'Union et de l'un ou plusieurs États membres. Leur conclusion est sans appel : « In all of these examples, it would be inappropriate to include the European Union as a corespondent. This is because EU law does not force an EU Member State to act in a way contrary (or arguably contrary) to the Convention in any of these cases. Indeed, in some of these cases the violation of the Convention is related to or is the direct result of a violation of EU law. However, in all of these cases it might be appropriate for the EU to be invited to join the proceedings as a third party » (§ 6 du document publié sur le site signalé à la note 55, *supra*).

*Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas* »<sup>85</sup>.

Ici encore, l'affaire *MSS* est édifiante. Le contexte politique général, on l'a vu, penchait en faveur d'une remise en cause de la compatibilité du Règlement « Dublin II » avec les exigences conventionnelles. Il a été souligné à l'envi que de nombreux tiers intervenants se sont penchés sur ce cas. Les Pays-Bas et le Royaume-Uni sont venus en soutien de la Belgique défendre une interprétation du principe de confiance mutuelle. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe s'est quant à lui vu attribuer « le mérite d'attirer l'attention non seulement sur les atteintes aux droits humains, mais aussi sur le dysfonctionnement de la politique européenne d'asile »<sup>86</sup>. Comment dans ces conditions ne pas s'étonner de ce que l'Union européenne, pourtant très sollicitée, n'ait pas utilisé la faculté de se constituer tiers intervenant<sup>87</sup> ? Comment ne pas souhaiter, en filigrane, une adhésion rapide de l'Union à la Convention qui force, en quelque sorte, l'Union à participer à l'instance ? De nombreuses questions semblaient pouvoir être développées par l'Union européenne elle-même quant au sens à donner au principe de confiance mutuelle, quant à la place de la « clause de souveraineté » dans le mécanisme « Dublin II » ou encore, sans chercher l'exhaustivité, quant à l'appréciation des dysfonctionnements du système européen d'asile. Pourquoi l'Union restait-elle silencieuse alors qu'elle a publié, dès 2007, pas moins de 3 rapports constatant les dysfonctionnements du système européen d'asile<sup>88</sup> ? Le contexte, en tout état de cause, semblait renforcer l'idée selon laquelle, l'adhésion acquise, l'Union européenne ne pourrait plus se dérober.

Il est possible cependant d'interroger la faculté de tierce-intervention différemment et d'éclairer ainsi les limites de la codéfense. L'Union européenne avait-elle intérêt, au sens le plus large du terme, à intervenir ? Rien n'est moins sûr. Il a déjà été souligné que sa responsabilité dans l'affaire *MSS* ne pouvait pas être mise en cause sauf à vider de son sens la

<sup>85</sup> CDDH-UE (2011) 16 fin, p. 18, note 20.

<sup>86</sup> I. ATAK, « Renvois des demandeurs d'asile vers la Grèce et dysfonctionnements de la politique européenne d'asile », publication en ligne de l'Université McGill, Hans & Tamar Oppenheimer Chair in public international law, 22 avril 2010 : <http://oppenheimer.mcgill.ca/Renvois-des-demandeurs-d-asile?lang=en>

<sup>87</sup> Nicolas Hervieu, notamment, formule un reproche à peine dissimulé d'indifférence de l'Union européenne dans cette affaire : « Curieusement absente alors qu'elle aurait pu aussi formuler une tierce intervention, l'Union Européenne était en effet au cœur du contentieux et son ombre planait littéralement sur cette affaire » (préc., p. 1).

<sup>88</sup> Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, COM (2007) 299 final, 6 juin 2007, 1<sup>er</sup> Rapport annuel de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'immigration et l'asile, COM (2010) 214 final, 6 mai 2010 et Rapport annuel de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'activité de l'unité centrale d'EURODAC en 2009, COM (2010) 415 final, 2 août 2010. Ces trois rapports précèdent l'audience dans l'affaire *MSS c. Belgique et Grèce* tenue par la CEDH en formation de grande chambre le 1<sup>er</sup> sept. 2010.



« *clause de souveraineté* » du Règlement « Dublin II ». Au delà, il faut bien admettre que l'Union européenne, dans cette affaire, n'avait pas d'intérêt politique à intervenir. Qu'aurait-elle pu constater si ce n'est, à tout le moins, des brèches dans le principe de coopération loyale imputables aux États membres ? À la Grèce d'abord, en ce qu'elle n'applique pas le droit de l'Union. À la Belgique, ensuite, en ce qu'elle a appliqué le droit de l'Union sans discernement. Bien plus, les tierces interventions du Royaume-Uni et des Pays-Bas ne privaient-elles pas en réalité l'Union d'exercer cette même faculté dans le contexte, bien connu de la Cour elle-même<sup>89</sup>, de refonte du système européen d'asile ? À bien y regarder, en effet, les États membres de l'Union européenne affichent pour le moins un ordre dispersé dans la construction du système européen d'asile<sup>90</sup>. Depuis décembre 2008, la Commission européenne, rejointe par le Parlement européen, soutient une révision du Règlement « Dublin II » mais se heurte au refus de la majorité des États conduits par l'Allemagne et la France<sup>91</sup>. En d'autres termes, le silence de l'Union européenne en a finalement dit plus long qu'une (longue ?) intervention (embarrassée ?).

Encore une fois, qu'auraient bien pu changer l'adhésion et le mécanisme de codéfense dans un tel contexte ?

Même sollicitée par la Cour, l'Union européenne aurait-elle pu accepter de se constituer codéfendeur ? Qu'en serait-il des désaccords potentiels entre l'Union et ses États membres quant au fond d'une affaire ? Jusqu'à l'adhésion, il appartenait à la Commission de représenter l'Union lorsqu'elle intervenait mais dans l'affaire *MSS*, on l'a vu, la Commission ne pouvait

---

<sup>89</sup> Les paragraphes 77 à 82 de la décision *MSS* décrivent précisément l'état d'avancement du processus de refonte du système européen d'asile qui a démarré en 2008 et devrait être achevé en 2012. La CEDH souligne notamment que la proposition de refonte du Règlement Dublin II formulée par la Commission européenne en décembre 2008 et approuvée en 1<sup>ère</sup> lecture par le Parlement européen en mai 2009 n'a reçu qu'un accueil réservé au Conseil de l'Union en juillet 2010. Elle est d'ailleurs bloquée depuis.

<sup>90</sup> La Commission note par exemple : « Une application uniforme des règles et critères établis par le règlement de Dublin est indispensable à son bon fonctionnement. Cependant, les États membres ne s'accordent pas toujours sur les circonstances dans lesquelles certaines dispositions doivent s'appliquer. Ces divergences d'interprétation ont notamment été constatées au sujet de l'application de la clause de souveraineté (art. 3, para. 2, du règlement de Dublin), qui permet à chaque État membre d'examiner une demande d'asile, même si cet examen incombe à un autre État membre en vertu des critères de Dublin, et de la clause humanitaire (article 15 du règlement de Dublin), qui permet à tout État membre de rapprocher les membres d'une même famille, alors que l'application stricte de ces critères les séparerait. Les États membres appliquent la clause de souveraineté pour différentes raisons, qui vont des raisons humanitaires à des raisons purement pratiques. L'application de la clause de souveraineté pour des raisons humanitaires doit être encouragée, puisqu'elle semble correspondre à l'objectif sous-jacent de cette disposition » (Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, préc., p. 7).

<sup>91</sup> C. SPILLMANN, « Demandeurs d'asile : l'Union européenne contrainte de revoir ses règles », *AFP*, 24 janv. 2011.

apparemment pas et soutenir une refonte du Règlement « Dublin II » approuvée par le Parlement européen mais bloquée par le Conseil et, dans le même temps, intervenir devant la CEDH. La question de savoir s'il est souhaitable qu'un désaccord entre la Commission et un ou plusieurs États membres soit exposée devant la CEDH se pose désormais légitimement. Toutes ces questions renvoient encore à la mise en place de règles internes à l'Union européenne pour permettre au mécanisme de codéfense d'atteindre à toutes ses dimensions ... qui sans cela risquent de rester virtuelles.

L'adhésion est donc un processus dont il faut bien admettre que le cadre comme les implications juridiques n'apparaissent pas acquis définitivement et de manière identique par tous les acteurs. Le contrôle externe pré-adhésion, construit et pratiqué par la CEDH depuis 1978, a de beaux jours devant lui.