

Transposition des directives et pluralisme juridique : recherche sur le principe de protection équivalente.

Nicolas Galliffet*

Dans un commentaire sur l'arrêt *Melloni*¹, le professeur Rostane Mehdi avançait l'idée que les « juges ont su définir, à la lumière d'une véritable règle de raison, les termes d'une relation non seulement pacifiée mais pétrie de la volonté commune d'ordonner, à titre principal, l'ensemble autour d'un impératif catégorique : la protection des droits fondamentaux »². Cette « règle de raison » se matérialise par le principe de protection équivalente.

La question des rapports entretenus entre les ordres et systèmes juridiques est empreinte d'un certain classicisme³ mais les tentatives de résolution ou d'explication demeurent complexes, et ce bien que l'on se cantonnera dans cette présente étude aux rapports entre l'ordre juridique interne, l'ordre juridique de l'Union européenne et le système de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEsDH). Que l'on songe au mouvement des nuages⁴ ou au ballet des planètes⁵, la dialectique des rapports entre ordres et systèmes juridiques rend compte d'un certain « désordre » normatif.

En effet, la lecture fondée sur la hiérarchie normative, si elle conserve un aspect pédagogique certain, perd de sa force explicative lorsque l'on appréhende les rapports entre systèmes. D'autant plus que chaque système de droit revendique sa propre hiérarchie, laquelle est inhérente à son ordre juridique, et tente de l'imposer aux systèmes avoisinants. Ainsi, s'il est toujours possible de raisonner en termes de hiérarchie normative, force est d'admettre qu'elle ne rend plus compte de la réalité objective.

Ceci explique que d'autres approches fondées sur l'idée de réseau⁶, de circularité⁷ ou de communicabilité⁸ aient été développées. En effet, les « processus de recoupement »⁹ sont

* Doctorant contractuel à l'ILF-GERJC, Aix-Marseille Université.

¹ CJUE, GC, 26 février 2013, *Stephano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, C-399/11.

² MEHDI (Rostane), « Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », disponible sur <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/29/cooperation-judiciaire-penale/retour-sur-larret-melloni-quelques-reflexions-sur-des-usages-contradictaires-du-principe-de-primaute>.

³ PLATON (Sébastien), « Le principe de protection équivalente. A propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in POTVINS-SOLIS (Laurence) (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, p. 464.

⁴ DELMAS-MARTY (Mireille), *Les forces imaginantes du droit (II). Le Pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p. 255 et s.

⁵ JACQUE (Jean-Paul), « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des nations unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, n° 69, p. 6.

⁶ OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 600p.

⁷ VERDUSSEN (Marc), « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », in DELPERE (Francis) (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 311-333.

⁸ *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 980p.

indéniables. Loin de raisonner en vase clos, chaque ordre juridique est perméable aux ordres concurrents. Néanmoins, si ces théories visent à s'extirper du « carcan » pyramidal kelsénien et proposent une émulation intellectuelle en doctrine, on peut légitimement s'interroger sur leur caractère opératoire.

Les droits et libertés fondamentaux sont au cœur de cette dialectique. Leur protection repose sur une conception issue du libéralisme politique et commune aux différents Etats membres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne¹⁰. Pour s'en convaincre, il suffit de relater la pluralité de leurs sources de protection, lesquelles sont devenues effectives de manière concomitante. Au début des années 1970, le Conseil constitutionnel s'érigeait en tant que protecteur des droits et libertés fondamentaux en « activant » la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958¹¹. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) connaissait le même essor en puisant dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et dans la CEsDH pour consacrer de manière prétorienne un catalogue de droits fondamentaux érigés en principes généraux du droit communautaire¹². Enfin, en 1974, la France ratifiait la CEsDH et acceptait le recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme en 1981. L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) le 1^{er} décembre 2009, celle de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) le 1^{er} mars 2010 et la perspective de l'adhésion de l'Union à la CEsDH mettent en exergue l'actualité permanente de la question de la protection des droits fondamentaux.

La pluralité des sources de protection, et des juges chargés de les interpréter, a conduit à un enrichissement mutuel et réciproque des systèmes juridiques et une forme d'alignement des standards de protection des droits et libertés fondamentaux. « C'est pourquoi, à défaut peut-être de s'ériger en un "droit des droits" (dans le sens de la supériorité), les droits fondamentaux peuvent être présentés à tout le moins comme un élément important d'un "droit des rapports entre droits". Autrement dit, ils pourraient exercer un rôle "charnière" entre les systèmes et ordres juridiques »¹³.

Mais si les droits et libertés fondamentaux sont susceptibles de jouer ce rôle « charnière », de quelle manière s'organise cette liaison, cette articulation entre les ordres et systèmes juridiques ? Le constat du pluralisme juridique lié à une tendance, « celle de la porosité grandissant des différents ensembles juridiques, particulièrement en matière de protection des

⁹ GAIA (Patrick), *La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Evolution d'une décennie – Rapport français*, XXIX^e table ronde internationale tenue à Aix-en-Provence les 6-7 septembre 2013, p. 140.

¹⁰ MAGNON (Xavier), « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes », *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n°2, PUAM, 2013, p. 62.

¹¹ Conseil constitutionnel, décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg* ; Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

¹² CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69 ; CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen – und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73 ; CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75.

¹³ DUBOUT (Edouard), TOUZE (Sébastien), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT (Edouard), TOUZE (Sébastien), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 16.

droits fondamentaux»¹⁴, ne doit pas faire abstraction de la nécessité d'ordonner un tel pluralisme¹⁵ ! En effet, les interactions entre ordres et systèmes juridiques sont susceptibles de produire des conflits, voire des collisions, normatives. Afin de les prévenir, les acteurs juridictionnels jouent un rôle primordial. A cet égard, ils sont amenés à déterminer des solutions de manière ponctuelle et limitée au cas d'espèce comme autant de « points de contacts entre systèmes, c'est-à-dire de nœuds de réseau »¹⁶ et dont la généralisation dans l'espace – car partagés par d'autres juridictions – et la systématisation dans le temps – via le maintien d'une jurisprudence constante – sont susceptibles de fournir une grille d'analyse théorique réaliste et opératoire. Le principe de protection équivalente semble répondre à cette logique.

Ce principe n'a pas vocation à régler tous les conflits potentiels dans les rapports entre systèmes mais seulement ceux susceptibles de survenir dans l'application, l'exécution ou la transposition du droit dérivé de l'Union. Pour autant, on aurait pu aborder le régime contentieux des actes de transposition des directives simplement¹⁷ – pour le moins en apparence. Les directives, appartenant à l'ordre juridique de l'Union européenne, ne pourraient être contrôlées qu'au regard des normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures dans leur ordre juridique d'appartenance. De la même manière, les mesures nationales de transposition, appartenant à l'ordre juridique interne, ne pourraient être contrôlées qu'au regard des normes – mais de toutes les normes – qui lui sont hiérarchiquement supérieures dans leur ordre juridique d'appartenance. Néanmoins, une telle approche ferait abstraction du « lien fonctionnel »¹⁸ qui existe entre l'acte national et la directive dont il assure la transposition. Les directives étant la plupart du temps très précises et détaillées, l'opération de transposition s'apparente alors à une retranscription matérielle des prescriptions de la directive, de sorte que le lien fonctionnel apparaît très dense et leur distinction matérielle ténue. Ainsi, l'identité matérielle de ces deux normes – au sens de ce qui leur est commun, identique – conduit à leur immunité constitutionnelle devant les juridictions nationales – de droit commun et constitutionnelles – et conventionnelle devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en application du principe de protection équivalente. Dans le cas contraire, ces juridictions seraient amenées à exercer un contrôle, même de manière indirecte, sur les directives, ce qu'elles se refusent par principe en raison de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Ce principe a connu son avènement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Après avoir nié, au bénéfice de l'ordre juridique des Communautés, une protection effective des droits fondamentaux¹⁹, elle a déclaré dans la décision *Solange II* de 1986 que cette protection pouvait être « considérée comme substantiellement équivalente à celle assurée (...) par la Loi fondamentale ». Elle refuse, en conséquent, d'exercer sa compétence s'agissant des

¹⁴ *Ib. id.*, p. 11.

¹⁵ DELMAS-MARTY (Mireille), *op. cit.*, 324p.

¹⁶ JACQUE (Jean-Paul), *op. cit.*, p. 7.

¹⁷ On aurait pu étendre l'analyse à tous les actes de droit dérivé de l'Union ainsi qu'aux mesures nationales d'exécution. Néanmoins, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat se limitant aux directives et aux actes de transposition, nous avons préféré limiter notre propos à l'opération de transposition.

¹⁸ LABAYLE (Henry), MEHDI (Rostane), « Le Conseil d'Etat et la protection communautaire des droits fondamentaux. Observations sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux* (Conseil d'Etat, 10 avr. 2008, req. 296845) », *RFD*, p. 719.

¹⁹ Cour constitutionnelle allemande, décision du 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

actes de droit dérivé²⁰. Dès lors, les requérants qui invoquent, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte de l'Union européenne, la méconnaissance d'un principe substantiel garanti par la Loi fondamentale, doivent démontrer l'insuffisance de la protection accordée à ce principe par l'ordre juridique de l'Union²¹.

La Cour EDH a repris à son compte ce principe dans l'arrêt *Bosphorus* rendu en grande chambre. La Cour était amenée à définir la grille de lecture qu'il convient d'adopter lorsqu'est mis en cause un acte de l'Union européenne par le biais d'une mesure nationale d'exécution. Elle considère qu'une telle mesure bénéficie d'une présomption de compatibilité à la CEsDH puisque l'Union « 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 "équivalence", la Cour entend "comparable" (...) 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 »²².

Sans consacrer explicitement ce principe, le Conseil constitutionnel français a adopté une démarche similaire. Sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution consacrant une exigence constitutionnelle de transposition des directives, le Conseil se déclare incompétent pour apprécier les dispositions législatives qui se bornent à transposer les termes inconditionnels et précis d'une directive sauf si elles méconnaissent « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »²³. Nous pensons que l'inhérence de l'identité constitutionnelle peut se rapprocher dans une certaine mesure – mais non se confondre totalement – avec l'équivalence des protections. Pour s'en convaincre, il faut appeler en renfort la décision 498 DC. Les requérants invoquaient à l'encontre des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive la violation de la liberté d'expression protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Le Conseil s'est alors borné à constater que cette liberté était protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la CEsDH pour se déclarer incompétent²⁴. Cette position se rapproche de celle de son homologue italien, lequel a relevé que si la plupart des droits fondamentaux trouvent leur équivalent dans l'ordre juridique communautaire, il conservait la compétence de contrôler la constitutionnalité d'une loi d'exécution du droit communautaire qui heurterait un droit fondamental non-compris dans l'ordre juridique communautaire²⁵.

Enfin, le Conseil d'Etat a défini dans l'arrêt *Arcelor* les modalités particulières selon lesquelles doit s'exercer le contrôle de constitutionnalité des dispositions réglementaires assurant la transposition des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Le juge

²⁰ Cour constitutionnelle allemande, décision du 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339.

²¹ Cour constitutionnelle allemande, décision du 7 juin 2000, *Solange III*, BVerfGE 102, 147.

²² Cour EDH, GC, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, n° 45036/98, pt. 155.

²³ Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information*, cons. 19.

²⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, cons. 6 et 7.

²⁵ Cour constitutionnelle italienne, décision du 21 avril 1989, n° 232/1989, *Fragd*.

administratif transmute le litige de l'ordre interne vers l'ordre juridique de l'Union européenne s'il relève que le droit fondamental de valeur constitutionnelle invoqué trouve son pendant dans l'ordre juridique de l'Union, en appréciant tant la nature du droit que sa portée telle que définie par la jurisprudence de la CJUE²⁶.

Ce principe peut être défini, selon les termes du professeur Sébastien Platon comme un « principe de régulation contentieuse des rapports entre systèmes juridiques qui permet à un juge d'accorder une immunité, d'intensité et de modalités variables, aux normes issues d'un autre système juridique et dont il est amené à connaître, lorsque les principes fondamentaux que ce juge est chargé de faire respecter sont protégés de façon équivalente dans l'autre système juridique en présence »²⁷. La démarche poursuivie se veut volontairement conciliatrice, laquelle se manifeste par l'immunité conférée aux directives et, *a fortiori*, aux actes nationaux de transposition dès lors que les autorités nationales ne disposent d'aucune marge de manœuvre dans l'opération de transposition. Ainsi, le principe de protection équivalente n'a vocation à s'appliquer que dans les hypothèses où les mesures nationales de transposition se présentent comme le décalque matériel des directives.

De nombreuses études relatives à ce principe ont déjà été menées²⁸. Néanmoins, il s'agit de réévaluer ce principe à l'aune des évolutions jurisprudentielles récentes, que ce soit celles de la Cour EDH – on pense aux arrêts *M.S.S.*²⁹ et *Michaud*³⁰ – ou de la CJUE – avec le « très remarqué » arrêt *Melloni*³¹ –, et ce dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la CEsDH.

Ainsi, il conviendra de se demander si le principe de protection équivalente peut faire l'objet d'une systématisation. Une telle systématisation sera de nature à nous renseigner sur la viabilité et le caractère satisfaisant de cette technique de gestion contentieuse. Bien sûr, nous avons conscience que « la prudence doit toutefois être de mise. Toute systématisation est empreinte de fragilité, car le juge ne peut statuer qu'en fonction des affaires qui lui sont soumises et sa jurisprudence est encore susceptible d'évolution »³².

Pour autant, force est de constater que ce principe peut se présenter comme un *janus* contentieux. En effet, si une protection équivalente présumée permet de reconnaître la compétence de principe de la CJUE (I), une protection équivalente déniée entraîne la mise en œuvre de la responsabilité des Etats (II).

²⁶ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

²⁷ PLATON (Sébastien), « Le principe de protection équivalente. A propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.*, p. 468.

²⁸ MALHIÈRE (Fanny), « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP*, 2013, n°6, pp. 1523-1556 ; MILLET (François-Xavier), « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, pp. 307- 317 ; PLATON (Sébastien), « Le principe de protection équivalente. A propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.*, pp.463-494.

²⁹ Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

³⁰ Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, n° 12323/11.

³¹ CJUE, GC, 26 février 2013, *Stephano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, *op. cit.*

³² BENOIT-ROHMER (Florence), « A propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 830.

I/ La protection équivalente présumée, la reconnaissance de la compétence de principe de la CJUE

Le principe de protection équivalente a vocation à prévenir les conflits normatifs issus des rapports entre les ordres et systèmes juridiques concurrents. Néanmoins, son application est limitée dans le champ des droits et libertés fondamentaux (A). En outre, il poursuit une fonction de répartition des compétences au profit de la CJUE (B).

A) L'application limitée du principe de protection équivalente dans le champ des droits et libertés fondamentaux

L'application du principe de protection équivalente, et *a fortiori* l'immunité contentieuse des actes de transposition, ne s'étend pas aux principes institutionnels, organiques et procéduraux. Tant la CJUE est compétente pour apprécier la validité des directives, que les juridictions nationales demeurent compétentes pour apprécier la validité des mesures nationales de transposition – le terme de validité étant entendu ici au sens formel et non matériel. Ainsi, dans la décision « droit d'auteur », le Conseil constitutionnel a contrôlé sans réserve la régularité de la procédure législative de la loi de transposition³³. A ce titre, le Conseil constitutionnel apprécie le respect de la répartition des compétences et veille à ce que le législateur n'ait pas commis une incompétence négative. Ce contrôle a abouti à une censure d'une loi de transposition dans la décision « OGM »³⁴. Il faut noter que le Conseil a reporté dans le temps les effets de la décision d'inconstitutionnalité en dehors de ce que prévoyaient les textes. Il préfigure ce faisant les prérogatives que lui a octroyées le pouvoir de révision constitutionnelle avec l'instauration de la QPC. De la même manière, le Conseil d'Etat a pris le soin de préciser que « le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté » par les modalités particulières du contrôle des actes réglementaires de transposition des termes inconditionnels et précis des directives³⁵. Le juge administratif veille, entre autres, au respect de la répartition des compétences législative et réglementaire. Dans l'arrêt *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, le Conseil d'Etat a annulé les dispositions d'un décret de transposition qui empiétait sur le domaine législatif³⁶. Le Conseil d'Etat a, lui aussi, reporté dans le temps les effets de l'abrogation en application de la jurisprudence *Association AC!* afin de ne pas méconnaître l'exigence constitutionnelle de transposition des directives et de ne pas entraîner des conséquences manifestement excessives.

Au-delà des règles d'édiction des normes de transposition, le principe de protection équivalente ne saurait évincer la répartition juridictionnelle des contentieux de constitutionnalité prévue par la Constitution. Si le juge administratif est compétent pour contrôler la constitutionnalité des actes administratifs de transposition, le Conseil constitutionnel dispose d'un monopole s'agissant des lois de transposition. Ainsi, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de

³³ Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *op. cit.*, cons. 2 à 7.

³⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 57 et 58.

³⁵ CE, Ass., 8 février 2007, *op. cit.*

³⁶ CE, Sect., 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, n°s 305314 et 305315.

préciser dans l'arrêt *Société Air Algérie* qu'il ne pouvait contrôler un acte administratif qui se bornait à réitérer les dispositions d'une loi de transposition d'une directive sauf à apprécier la constitutionnalité de la loi, ce qu'il se refuse à faire en application de la théorie de la loi-écran³⁷. Cette incompétence de principe apparaissait en filigrane dans les conclusions du Commissaire du gouvernement Matthias Guyomar sur l'arrêt *Arcelor* puisque celui-ci relevait qu'« en présence d'une loi s'interposant entre la directive et le décret de transposition, les modalités de (...) contrôle seraient en effet différentes, ne serait-ce que parce que les dispositions législatives feraient écran [au] contrôle de constitutionnalité »³⁸. Pour autant, une telle solution n'allait pas nécessairement de soi. En effet, le juge administratif, saisi de moyens tirés de la violation d'une disposition ou d'un principe constitutionnel par un acte administratif de transposition, défère le litige dans l'ordre juridique de l'Union européenne dès lors qu'« il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué »³⁹. La question était alors de savoir si le Conseil d'Etat, soucieux de garantir l'effectivité du droit de l'Union, allait faire ou non application du principe de protection équivalente afin de transmuter le litige dans l'ordre juridique de l'Union et ne restreindre son office, le cas échéant, qu'en cas de non-équivalence. Il a jugé en substance que le principe de protection équivalente ne pouvait pas s'appliquer dès lors qu'était effectivement contestée devant lui une loi de transposition. Or, si la théorie de la loi-écran répondait lors de son avènement à des raisons d'opportunité politique, expression de l'allégeance du juge à l'égard de la loi, elle trouve désormais sa justification dans la Constitution aux articles 61 et 61-1. En effet, dans l'arrêt *Mlle Deprez et M. Baillard*, le Conseil d'Etat s'est fondé sur l'article 61 de la Constitution, et l'existence d'une procédure devant le Conseil constitutionnel pour contester la constitutionnalité d'une loi, afin de réaffirmer son incompétence de principe pour contrôler la constitutionnalité des lois⁴⁰. L'instauration de la QPC par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2007 ne pouvait que « conforter » la position du juge administratif. Ainsi, dans l'affaire *Société Air Algérie*, il appelle en renfort l'article 61-1 de la Constitution pour constater le monopole du Conseil constitutionnel.

De cette manière, le principe de protection équivalente n'a pas vocation à jouer au niveau des règles d'engendrement et d'édition des normes de transposition ainsi qu'à l'encontre des titres de compétences juridictionnelles pour en connaître. Propres à chaque ordre juridique – inhérentes à l'identité constitutionnelle ? – elles ne se confondent pas dans le pluralisme juridique.

En effet, l'exemption du respect des exigences de constitutionnalité et de conventionnalité – limitées à la CEsDH – ne vaut qu'au regard des droits et libertés fondamentaux énoncés au sein de la norme fondamentale de l'ordre juridique déterminé. L'application du principe de protection équivalente dans le champ limité des droits et libertés fondamentaux n'est pas anodine. Elle trouve sa justification dans la pluralité de sources de

³⁷ CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie*, n° 347870.

³⁸ GUYOMAR (Matthias), « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *RFD*, p. 392.

³⁹ CE, Ass., 8 février 2007, *op. cit.*

⁴⁰ CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, n°s 257341 et 257534.

protections des droits fondamentaux à laquelle sont liés les Etats. Ainsi, marque de ce pluralisme juridique, car partagés par l'ensemble des ordres et systèmes juridiques, les droits et libertés fondamentaux constituent un « point de convergence » dans les rapports qu'entretiennent les ordres et systèmes juridiques en concurrence. L'immunité contentieuse des actes de transposition joue au regard des droits et libertés fondamentaux exclusivement car leur protection peut être effectuée dans un ordre juridique concurrent. On retrouve la dialectique de l'un et du multiple développée par le professeur Delmas-Marty⁴¹. *In fine*, l'application du principe de protection équivalente témoigne de la prise de conscience de ce pluralisme par les acteurs juridictionnels et de leur volonté de l'ordonner⁴² !

Néanmoins, ce sont les juridictions qui octroient l'immunité aux mesures nationales de transposition qui ont en charge d'apprécier que la protection offerte par l'ordre concurrent est équivalente. De cette manière, si leur office se restreint s'agissant de ces actes de transposition, il s'élargit quant au jugement porté sur la garantie effective des droits et libertés fondamentaux dans l'ordre juridique concurrent. Aboutit-il pour autant au nivellement par leur haut de la protection des droits fondamentaux ? Il faut distinguer la fonction de ce principe selon que l'on envisage cette évolution de manière générale et souple ou ponctuelle et ciblée selon les cas d'espèce.

D'abord, et de manière générale, les juridictions nationales et la Cour EDH, exigeant un standard de protection équivalent, inciteraient la CJUE à accroître la garantie des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union. Rappelons que la position de la Cour de Karlsruhe dans la décision *Solange I* a « encouragé » la CJUE à doter l'ordre juridique dont elle est la garante d'un catalogue communautaire de droits et libertés fondamentaux. Il faut relever avec le professeur Xavier Magnon que le principe de protection équivalente s'inscrit dans une « perspective verticale ascendante » permettant aux ordres juridiques concurrents d'imposer – en dressant le risque d'un conflit – à l'ordre de référence de partager un niveau de protection satisfaisant⁴³. Le principe de protection équivalente serait donc vecteur d'un dialogue informel entre juridictions aboutissant à un accroissement de la protection des droits fondamentaux.

Pour autant, il est permis « de douter qu'il aboutisse de manière certaine au renforcement des droits »⁴⁴. Relevons d'emblée que l'obtention d'une protection maximale est une « chimère » puisque, les droits fondamentaux devant être conciliés entre eux, « la protection maximale de l'un signifiera la protection limitée de l'autre, le jeu ne pouvant être qu'à somme nulle »⁴⁵. François-Xavier Millet lui préfère la notion d'optimisation des droits fondamentaux, ces derniers devant nécessairement être mis en balance entre eux, il faut rechercher la protection la plus élevée d'un droit sans détériorer celle d'un autre pour chaque cas d'espèce. Pour ce faire, un dialogue

⁴¹ DELMAS-MARTY (Mireille), *op. cit.*, pp. 7-32.

⁴² Le Commissaire du gouvernement Mattias Guyomar, dans ses conclusions sur l'arrêt CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845, énonce que « le pluralisme juridique est une richesse à la condition d'être ordonné » in GUYOMAR (Mattias), « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, req. n° 296845 », *RFD-A*, p. 588.

⁴³ MAGNON (Xavier), *op. cit.*, p. 68.

⁴⁴ MALHIÈRE (Fanny), *op. cit.*, p. 1552.

⁴⁵ MILLET (François-Xavier), *op. cit.*, p. 314.

institutionnalisé accru entre les juridictions nationales et la CJUE par la voie préjudicielle est nécessaire. De cette manière, et si on l'envisage de manière stricte, le principe de protection équivalente aurait alors pu se confondre avec le principe de faveur que le professeur Sébastien Platon définit comme un « principe selon lequel tout bénéficiaire des droits fondamentaux issus d'une pluralité de sources peut à tout moment tirer avantage du droit fondamental qui lui est le plus favorable »⁴⁶. Notons que le principe de faveur trouve un ancrage solide dans l'article 53 de la CDFUE, lequel énonce qu' « 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 (...) la CEsDH, ainsi que par les constitutions des Etats membres » entre autres. En effet, une alternative s'offre au juge lorsqu'il est amené à faire application du principe de protection équivalente. Dans l'affirmative – c'est-à-dire en cas d'équivalence – il refuse d'exercer sa compétence s'agissant des directives car il relève que le standard de protection du droit de l'Union est comparable ou plus élevé que le standard national ou de la CEsDH. Dans la négative, il accepte de contrôler la directive ce qui le conduit à faire application du standard national ou de la CEsDH au bénéfice du justiciable. Ainsi, le principe de protection équivalente offrirait la possibilité d'appliquer le standard de protection le plus élevé. Mais la CJUE n'a pas retenu cette analyse. Interrogée sur la portée de l'article 53 de la CDFUE dans l'affaire *Melloni*, elle a jugé que le principe de protection équivalente – confondu ici avec l'application du standard de protection le plus élevé – ne peut pas conduire à remettre en cause la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. En conséquence, ce principe ne peut jouer s'agissant des mesures nationales de transposition lorsque les autorités étatiques ne disposent d'aucune marge de manœuvre.

La fonction d'optimisation des droits fondamentaux – en ce sens où elle permettrait l'application du standard de protection le plus favorable conformément au principe de faveur – doit donc être fortement relativisée dès lors que toutes les juridictions d'ordre ou système juridiques concurrents ne partagent pas les mêmes principes pour ordonner le pluralisme juridique. Ainsi, il devient difficile de systématiser la fonction du principe de protection équivalente. Bien évidemment, le renvoi préjudiciel demeure aux mains des juridictions nationales, et celles-ci pourront faire application du standard national de protection plus favorable, mais l'Etat se trouverait en situation de manquement. Force serait de constater alors que le principe de protection équivalente ne saurait remplir sa fonction première, celle de prévenir les conflits entre ordres et systèmes juridiques concurrents.

L'application du principe de protection équivalente dans le champ unique des droits et libertés fondamentaux se justifie par leur pluralité de source. Néanmoins, il ne semble pas aboutir nécessairement à l'accroissement de leur protection. En tant que technique de gestion contentieuse, il poursuit davantage une fonction de répartition des compétences au profit de la CJUE.

⁴⁶ PLATON (Sébastien), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2008, p. 255.

B) La fonction répartitive du principe de protection équivalente au profit de la CJUE

Le principe de protection équivalente exige que l'ordre juridique concurrent accorde, si ce n'est une protection identique, pour le moins comparable. A cet égard, il faut relever que le concert des juridictions – internes et Cour EDH – ont reconnu à l'ordre juridique de l'Union une présomption de protection équivalente. Cette présomption n'est ni de même nature ni de même portée selon les juges. La Cour EDH a adopté une position similaire à celle retenue par la Cour de Karlsruhe. D'une part, elles exigent une protection comparable et non identique⁴⁷. D'autre part, elles octroient une présomption générale et abstraite. Elles rejoignent sur ce point le Conseil constitutionnel français⁴⁸ et la Cour constitutionnelle italienne⁴⁹ en reconnaissant le rôle de la CJUE en tant que gardienne des droits et libertés fondamentaux, sans apprécier précisément la portée des droits fondamentaux évoqués dans la jurisprudence de la Cour. La décision 498 DC en fournit une topique illustration, le Conseil constitutionnel se limitant à observer l'existence du droit invoqué, la liberté d'expression, pour accorder une immunité contentieuse à la loi de transposition déferée⁵⁰. Néanmoins, s'agissant de la Cour EDH, le caractère général et abstrait de la présomption octroyée se double d'une appréciation concrète et casuistique⁵¹. L'approche du Conseil d'Etat est certainement celle des plus exigeantes. Dans l'arrêt *Arcelor*, le Conseil d'Etat se livre à une comparaison entre la portée du principe d'égalité tel que protégé par la Constitution et le droit de l'Union. Or, s'il existe en droit de l'Union un principe général d'égalité qui implique que des situations différentes soient soumises à un régime différent, le principe constitutionnel d'égalité ne revêt pas une telle portée. Il refuse en conséquence de transporter le litige, s'agissant de cette branche du moyen, dans l'ordre juridique de l'Union puisque la protection accordée n'est pas univoque. Si l'appréciation de l'équivalence diffère selon les juridictions, ces nuances interprétatives aboutissent à des résultats semblables⁵². Elles ne doivent pas cacher le caractère très formaliste du standard de protection. Comme le relève le professeur Sébastien Platon, « on pourrait même dire que le caractère " approximatif " de l'équivalence constitue l'une des conditions de l'efficacité du principe de protection équivalente en tant qu'élément de " fluidification " des rapports entre systèmes »⁵³.

Surtout, la CJUE, dans l'affaire *Melloni*, a rompu cette logique en jugeant, qu'à l'occasion de l'examen d'un acte national de transposition, le principe de protection équivalente ne peut faire obstacle à l'uniformité du droit de l'Union. Conséquence immédiate, si le principe de protection équivalente peut s'appliquer lorsque les Etats bénéficient d'une marge de manœuvre dans l'opération de transposition, il est inopérant lorsqu'ils doivent transposer les termes

⁴⁷ Cour EDH, GC, 30 juin 2005, *op. cit.*, § 115., Cour constitutionnelle allemande, décision du 7 juin 2000, *op. cit.*

⁴⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 17.

⁴⁹ Cour constitutionnelle italienne, décision du 21 avril 1989, *op. cit.*

⁵⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *op. cit.*

⁵¹ La Cour EDH juge que « 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 » et ajoute que « 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 ». Cour EDH, GC, 30 juin 2005, *op. cit.*, § 155 et 156.

⁵² MALHIÈRE (Fanny), *op. cit.*, p. 1538.

⁵³ PLATON (Sébastien), « Le principe de protection équivalente. A propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.*, p. 477.

inconditionnels et précis d'une directive. A cet égard, il faut noter que la logique poursuivie par la CJUE est inverse à celle des autres juridictions. Ainsi, l'ensemble des catalogues de protections des droits et libertés fondamentaux – « bloc de constitutionnalité », CEsDH, CDFUE – déploie leur plein effet dès lors que les Etats disposent d'une latitude d'action mais la primauté du droit de l'Union prévaut sur le principe de protection équivalente dans les hypothèses de compétence liée. Alors que l'on pouvait légitimement prétendre que le principe de protection équivalente permet la conciliation des rapports entre systèmes et ordres juridiques, force est de constater que les logiques inhérentes à chaque ordre juridique reproduisent leurs effets dans le champ circonscrit des droits et libertés fondamentaux : la suprématie de la Constitution s'oppose à la primauté du droit de l'Union européenne.

In fine, le principe de protection équivalente tient moins à un standard de protection⁵⁴ – si l'on analyse conjointement la présomption « bienveillante » octroyée à l'ordre juridique de l'Union et la position retenue par la CJUE dans l'affaire *Melloni* – qu'à un critère de compétence. Apparaît en filigrane le caractère fonctionnel du principe de protection équivalente. Lorsque la source d'imputabilité de la violation d'un droit ou liberté fondamental réside dans la directive, il revient à la CJUE, laquelle dispose d'un monopole en matière d'interprétation et d'appréciation de validité du droit de l'Union, de contrôler la directive. Cette compétence de principe conférée à la CJUE se fonde sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. La CJUE l'a admis de longue date en jugeant qu'elle était la seule compétente pour prononcer l'invalidité d'une norme de l'Union européenne⁵⁵ ou encore que les juridictions nationales étaient tenues de lui adresser une question préjudicielle en cas de doute sérieux sur l'interprétation d'une norme de l'Union⁵⁶. Elle a réitéré sa compétence de principe s'agissant du couple « directive – norme de transposition » dans l'affaire *Melki et Abdeli*. Elle a jugé que « le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union »⁵⁷ ; « s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable »⁵⁸.

Le Conseil constitutionnel s'est aligné sur cette position. Dans la décision *économie numérique*, il reconnaissait en substance le monopole du contrôle de la « légalité communautaire » au profit de la CJUE. Hormis la réserve de constitutionnalité qui « pèse » sur la directive, il affirmait qu'« il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union »⁵⁹. Aussi, il a admis qu'en cas de doute sérieux sur l'interprétation du droit de l'Union, il devait saisir la CJUE afin que

⁵⁴ Cette idée doit être appelée en renfort pour relativiser la fonction d'optimisation des droits fondamentaux évoquée dans le I/ A).

⁵⁵ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85.

⁵⁶ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, aff. 283/81.

⁵⁷ CJUE, GC, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Selim Abdeli*, aff. C-188/10 et C-189/10, pt. 54.

⁵⁸ *Ib. id.*, pt. 56.

⁵⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7.

celle-ci détermine la marge de manœuvre de l'Etat dans l'opération de transposition⁶⁰. Enfin, dans le commentaire autorisé de la décision *Kamel D*, le Conseil a énoncé qu'en cas de procédure simultanée de QPC et de renvoi préjudiciel, il pourrait attendre la réponse de la CJUE avant de statuer⁶¹. Ainsi, « le Conseil constitutionnel semble (...) davantage déférer à la compétence de principe du juge de l'Union européenne que délivrer un satisfecit à la protection juridictionnelle communautaire »⁶². Cette logique sous-tend, du reste, le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Arvelor*. La transmutation du litige vers l'ordre juridique de l'Union et la requalification des moyens d'inconstitutionnalité en moyens d'inconventionnalité rend parfaitement compte de la compétence de principe du juge de l'Union.

A plus forte raison, la Cour EDH subordonne l'application du principe de protection équivalente à une garantie procédurale effective propre à renforcer l'office de la CJUE. Ainsi, dans l'arrêt *Michaud*, elle a jugé que l'ordre juridique de l'Union n'avait pas déployé toutes ses potentialités, et avait privé le requérant d'une protection équivalente, en ce sens où le Conseil d'Etat français avait refusé d'adresser à la CJUE une question préjudicielle en appréciation de validité des dispositions d'une directive instituant l'obligation pour les avocats de déclaration de soupçons à l'égard d'éventuelles activités de blanchiment de capitaux au regard de l'article 8 de la CEsDH⁶³. La Cour EDH subordonne la présomption d'équivalence au fait pour la CJUE de s'être prononcée sur une question de droit de l'Union. En outre, dans l'affaire *M.S.S.*, la Cour EDH a refusé la présomption d'équivalence au motif que l'Etat en cause, à savoir la Belgique, disposait d'une marge d'appréciation quant à la détermination de l'Etat responsable du traitement des demandes d'asile alors que celui-ci se cachait derrière une application « quasi-mécanique » du dispositif européen⁶⁴. La jurisprudence récente de la Cour EDH relative au principe de protection équivalente conduit à une systématisation des renvois préjudiciels en appréciation de validité – hypothèse *Michaud* – ou en interprétation – hypothèse *M.S.S.* – propice à un renforcement de la compétence de la CJUE. En outre, la Cour EDH a récemment condamné l'Italie pour refus arbitraire de renvoi préjudiciel auprès de la CJUE par sa juridiction nationale⁶⁵. Ce refus arbitraire, caractérisé par l'absence de motivation, emporte la violation du droit à un procès équitable. Ainsi, l'absence de renvoi préjudiciel peut conduire à dénier l'équivalence de protection et aboutir, à plus forte raison, à une condamnation sur le terrain de l'article 6 de la CEsDH.

Enfin, si « l'option privilégiée dans l'affaire *Melloni* semble rompre avec la trajectoire des jurisprudences convergentes par lesquelles la Cour et les juridictions suprêmes des Etats membres se sont attachées à développer des méthodes d'interprétation propres à dissoudre les antinomies et à prévenir les collisions normatives »⁶⁶, elle peut aussi être analysée comme la réception, de la part de la CJUE, de sa compétence exclusive pour apprécier la validité et interpréter les directives, et ce faisant les actes nationaux de transposition, au regard des droits et libertés fondamentaux.

⁶⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F.*

⁶¹ Commentaire autorisé de Conseil constitutionnel, décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*

⁶² PLATON (Sébastien), « Le principe de protection équivalente. A propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.*, p. 475.

⁶³ Cour EDH, 6 décembre 2012, *op. cit.*

⁶⁴ Cour EDH, 21 janvier 2011, *op. cit.*

⁶⁵ Cour EDH, 8 avril 2014, *Dhabbi c/ Italie*, n° 17120/09.

⁶⁶ MEHDI (Rostane), « Retour sur l'arrêt *Melloni* : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », *op. cit.*

Force est de constater que le principe de protection équivalente est un puissant adjuvant à la tendance monopolistique de la CJUE en matière de contrôle du couple normatif directive – acte national de transposition. Dès lors, le principe de protection équivalente se définit, *a minima*, comme une technique juridictionnelle d’externalisation du contentieux des droits et libertés fondamentaux au profit de la CJUE fondée sur l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union européenne⁶⁷.

Le principe de protection équivalente est ambivalent. Dans son versant positif – hypothèse d’une équivalence présumée – il emporte la compétence de principe de la CJUE. Dans son versant négatif – hypothèse d’une équivalence déniée – il provoque la mise en œuvre de la responsabilité des Etats.

II/ La protection équivalente déniée, la mise en œuvre de la responsabilité des Etats

L’absence de protection équivalente met en exergue le caractère insatisfaisant de ce principe dans la mesure où les Etats placés en situation de manquement sont dans une position « schizophrénique »⁶⁸ (A). Il convient dès lors de s’interroger sur la pérennité de ce principe dans la perspective de l’adhésion de l’Union à la CEDH (B).

A) La position « schizophrénique » des Etats placés en situation de manquement

L’absence de protection équivalente entraîne « mécaniquement » la compétence des juridictions internes – constitutionnelles et de droit commun – et de la Cour EDH pour contrôler l’acte de transposition, et ce faisant la directive, aux droits et libertés fondamentaux contenus dans le catalogue constitutionnel ou conventionnel. La censure de la mesure de transposition, dans la première hypothèse, ou la condamnation de l’Etat, dans la seconde, a pour effet de placer l’Etat ayant transposé la directive en situation de manquement vis-à-vis de ses obligations du droit de l’Union de nature à engager sa responsabilité. Rappelons, en effet, que les Etats membres sont responsables du fait de leurs juridictions lorsqu’elles violent le droit de l’Union⁶⁹. Les rapports entre les systèmes juridiques trouvent ici un point d’achoppement inextricable. Il tient à la logique propre de chaque système. « C’est la conséquence, théoriquement imparable, de la suprématie de la Constitution » dans l’ordre juridique interne⁷⁰ d’une part, et du principe selon lequel l’appartenance d’un Etat à l’Union européenne ne saurait le délier de manière absolue de ses obligations conventionnelles d’autre part. Une alternative s’offre alors aux Etats dont l’une des deux branches est une constante. L’Etat peut soit dénoncer les traités européens soit réviser la Constitution – premier cas – soit dénoncer la CEDH – second cas.

⁶⁷GAIA (Patrick), *op. cit.*, p. 144.

⁶⁸JACQUE (Jean-Paul), *op. cit.*, p. 28.

⁶⁹CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01.

⁷⁰GUYOMAR (Mattias), « Le contrôle de constitutionnalité d’un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d’Etat, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *op. cit.*, p. 396.

S'agissant, en premier lieu, des juridictions internes, il faut relever que le Conseil constitutionnel n'a jamais activé la réserve de constitutionnalité. Il faut nuancer ce propos s'agissant du Conseil d'Etat. En effet, dans l'affaire *Arvelor*, il était allégué la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité à l'encontre du décret transposant la directive du 13 octobre 2003 instituant le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Ce moyen comportait deux branches, l'une tirée de ce que les entreprises sidérurgiques se trouvaient dans une situation différente de celle des autres entreprises soumises à ce système d'échange, l'autre fondée sur le fait que des entreprises relevant de secteurs concurrents ne sont pas soumises à ce système alors qu'elles émettent des quantités de gaz à effet de serre équivalentes. Ainsi, dans la première branche du moyen, les requérants exigeaient que des situations différentes soient traitées de manière différente alors que, dans la seconde branche du moyen, ils demandaient que des situations semblables soient traitées de manière identique. Or, avant de reporter le litige dans l'ordre juridique de l'Union, le Conseil d'Etat veille à ce que le droit dont la violation est invoquée ait une portée identique dans les deux ordres juridiques. Le Commissaire du gouvernement relève alors que si un principe général du droit de l'Union confère au principe d'égalité un sens qui exige que soit apporté un régime juridique différent à des situations différentes, le principe constitutionnel d'égalité n'implique pas une telle différenciation⁷¹. En conséquence, le Conseil d'Etat a refusé de renvoyer la première branche du moyen à l'appréciation de la CJUE. Ainsi, le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'admettre que l'ordre juridique de l'Union ne conférerait pas une protection équivalente à celle apportée par la Constitution bien que cette absence d'équivalence n'ait pas abouti à une censure du décret de transposition.

Une telle hypothèse ne doit cependant pas être écartée. La Cour constitutionnelle polonaise a, dans une décision du 27 avril 2005, jugé que les dispositions législatives assurant la transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 instituant le mandat d'arrêt européen étaient inapplicables car elles contrevenaient à l'article 55 alinéa 1^{er} de la Constitution polonaise⁷². Cet article interdisait de manière absolue l'extradition de nationaux polonais. A ce titre, le droit de l'Union n'assure pas une protection équivalente s'agissant de la liberté individuelle. La Cour a néanmoins pris le soin de reporter dans le temps les effets de la décision d'inconstitutionnalité pour ne pas exposer la Pologne à une situation de manquement. Le pouvoir de révision constitutionnelle est intervenu pour modifier l'article 55 et permettre la transposition de la décision-cadre. A cet égard, force est de constater que le principe de protection équivalente, loin de poursuivre la fonction d'optimisation des droits fondamentaux, aboutit, dans les faits et avec le concours du pouvoir de révision constitutionnelle, à un alignement de la protection constitutionnelle sur le standard du droit de l'Union dans le champ très ciblé d'application de la norme de droit dérivé.

S'agissant, en second lieu, de la Cour EDH, il faut rappeler que l'Union européenne n'étant pas pour l'heure partie à la CEsDH, les actes de l'Union ne sont pas justiciables devant la Cour. Toutes les requêtes dirigées contre les institutions de l'Union sont déclarées irrecevables

⁷¹ *Ib. id.*, p. 397.

⁷² Cour constitutionnelle polonaise, décision du 27 avril 2005, P 1/05.

*rationae personae*⁷³. Néanmoins, les vingt-huit Etats membres de l'Union étant, en outre, parties à la CEsDH, ils ne peuvent se soustraire à leurs obligations conventionnelles lorsqu'ils exécutent le droit de l'Union. Si la Cour EDH a accepté de connaître des actes nationaux d'exécution du droit de l'Union, elle a admis que de telles mesures nationales devaient être réputées compatibles avec la CEsDH en accordant au bénéfice de l'ordre juridique de l'Union une présomption de protection équivalente, laquelle présomption peut être renversée à l'occasion d'un litige concret si la protection des droits fondamentaux protégés par la CEsDH est entachée d'une erreur manifeste.

Le constat de l'absence d'équivalence pourrait amener, le cas échéant, la Cour à condamner un Etat pour violation des droits et libertés fondamentaux protégés par la CEsDH alors que celui-ci se borne à transposer les termes inconditionnels et précis d'une directive. Notons que la Cour a déjà conclu à l'absence de protection équivalente dans l'arrêt *Michaud*. Le Conseil d'Etat français, en refusant de renvoyer à la CJUE la question de savoir si l'obligation de déclaration de soupçons à l'égard d'éventuelles activités de blanchiment de capitaux posée par la directive du 26 octobre 2005, laquelle incombe aux avocats, est compatible avec l'article 8 de la CEsDH, a privé l'ordre juridique de l'Union de « déployer l'intégralité de ses potentialités »⁷⁴. Ainsi, l'absence de protection équivalente procédurale justifie l'examen porté par la Cour EDH des dispositions législatives assurant la transposition des termes inconditionnels et précis de la directive. La Cour a néanmoins conclu que cette obligation de déclaration de soupçons n'était pas manifestement incompatible avec le droit au secret professionnel protégé par l'article 8 de la CEsDH.

L'hypothèse d'une divergence entre les deux Cours européennes fait apparaître « le risque (...) pour les Etats membres qui, confrontés à des indications contradictoires, doivent choisir entre violer soit la Convention, soit le droit communautaire »⁷⁵. Elle s'est déjà vérifiée pour les mesures nationales d'application du droit primaire. L'exclusion de Gibraltar du champ d'application de l'acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct annexé à la décision du Conseil du 20 septembre 1976 a été jugé contraire à l'article 3 du protocole n° 1 relatif au droit à des élections libres par la Cour EDH dans l'arrêt *Matthews*⁷⁶. Afin de se conformer à cet arrêt, le Royaume-Uni a adapté sa législation en instituant une nouvelle circonscription électorale, laquelle rattache Gibraltar à une circonscription existante contre la lettre de l'acte susénoncé ayant valeur de droit primaire. La CJCE a néanmoins jugé cette législation conforme au droit de l'Union dans un souci certain de conciliation avec la position retenue par la Cour EDH⁷⁷.

S'agissant des mesures de transposition des directives, cette hypothèse n'est pas nécessairement vouée à rester cantonner au cas d'école. En atteste l'affaire *M.S.S.* Etait contestée

⁷³ Cour EDH, 9 décembre 2008, *Bernard Connolly c/ 15 Etats membres de l'Union européenne*, n° 73274/01. Cour EDH, 20 janvier 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkehuissers U.A. c/ Pays-Bas*, n° 13645/05.

⁷⁴ Cour EDH, 6 décembre 2012, *op. cit.*, § 115.

⁷⁵ JACQUE (Jean-Paul), *op. cit.*, p. 22.

⁷⁶ Cour EDH, GC, 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, n° 24833/94.

⁷⁷ CJCE, GC, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04.

devant la Cour EDH la mise en œuvre nationale du règlement « Dublin II » qui institue le mécanisme de traitement de répartition des demandes d'asile. Ce règlement énonce en son article 3 §1 que l'examen de la demande d'asile incombe au premier Etat par lequel le demandeur a pénétré irrégulièrement au sein de l'Union européenne. Le paragraphe 2 de ce même article reconnaît aux Etats, dans lesquels la demande d'asile est déposée, la faculté de traiter cette demande alors qu'ils ne sont pas « responsables » au sens du paragraphe 1^{er}. Cette disposition est communément dénommée « clause de souveraineté ». Le requérant contestait en particulier le refus de la Belgique d'examiner sa demande d'asile au motif qu'il aurait dû déposer sa demande en Grèce en application de l'article 3 §1 du règlement susmentionné, et ce alors qu'il était clairement admis que la Grèce ne satisfaisait pas à ses exigences conventionnelles en matière de traitement d'asile. La Belgique « se cachait » derrière le dispositif de « Dublin » et demandait à la Cour de lui accorder une présomption de protection équivalente en application de la jurisprudence *Bosphorus*. Mais la Cour rejette cet argument en considérant que le règlement « Dublin II » prévoyait une « clause de souveraineté », laquelle permettait aux autorités belges de « 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 »⁷⁸. Elle condamne ce faisant la Belgique pour violation de l'article 3 de la CEsDH.

Ainsi, le principe de protection équivalente n'a pas vocation à jouer en l'espèce puisque la Belgique disposait d'une marge de manœuvre dans l'application dudit règlement. Pour autant cette affaire peut entrer dans notre champ d'étude si l'on veut bien faire un parallèle avec l'arrêt *Melloni*. En effet, le dispositif « Dublin II » de la même manière que le mandat d'arrêt européen repose sur le principe de confiance et de reconnaissance mutuelle entre les Etats membres de l'Union, nécessaire à la réalisation d'un espace commun et intégré de liberté, de sécurité et de justice. Pour autant, dans le premier cas, la position de la Cour EDH conduit inéluctablement à enfoncer un coin dans ce principe en jugeant en substance que la clause de souveraineté confère une obligation aux Etats de s'assurer que les Etats responsables de l'examen d'une demande d'asile respectent leurs obligations conventionnelles. Notons que la CJUE, dans un arrêt rendu en grande chambre, s'est alignée sur la position de la Cour EDH en jugeant qu'« il incombe aux Etats membres (...) de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l' "Etat membre responsable" (...) lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet Etat membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants »⁷⁹. Néanmoins, la CJUE s'est appuyée sur ce même principe de confiance et reconnaissance mutuelle entre Etats membres pour fonder la primauté de la décision cadre instituant le mandat d'arrêt européen sur les dispositions constitutionnelles espagnoles.

A la lumière de cet exemple, nous pouvons admettre que « la jurisprudence de la Cour contient en germe une menace pour la primauté du droit communautaire. Elle place, au cas où une violation serait constatée, les Etats membres dans la situation schizophrénique de devoir choisir entre la violation du droit communautaire ou celle de la Convention. L'Etat membre est obligé de remédier à une situation qui ne dépend pas de lui, mais du législateur

⁷⁸ Cour EDH, 21 janvier 2011, *op. cit.*, § 340.

⁷⁹ CJUE, GC, 21 décembre 2011, *N.S. c/ Secretary of State for the Home department*, aff. C-411/10, pt. 94.

communautaire »⁸⁰. Ce constat peut être étendu aux jurisprudences des juridictions internes. Mais, à plus forte raison, c'est le principe de protection équivalente, lorsque l'équivalence n'est pas admise, qui expose l'Etat à une situation inconfortable, ambiguë et paradoxale. A cet égard, ce principe n'est pas une technique de gestion contentieuse satisfaisante dans la mesure où son versant négatif – l'absence de protection équivalente – n'est pas partagé par la CJUE laquelle intervient dans ce pluralisme juridictionnel.

Le constat de l'absence de protection équivalente par une juridiction interne peut être résolu en pratique par une révision de la Constitution. Une telle hypothèse est davantage problématique s'agissant de la Cour EDH. La solution pourrait résider dans la réintroduction d'un rapport hiérarchique provoquée par l'adhésion de l'Union à la CEsDH.

B) La question de la pérennité du principe de protection équivalente dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la CEsDH

Il n'est pas opportun de revenir ici sur les raisons qui ont incité les instances de l'Union européenne à adhérer à la Convention. Notons simplement que cette question n'est pas nouvelle et revient périodiquement dans l'agenda politique des institutions européennes – Union européenne et Conseil de l'Europe – depuis les années 1970. Mais « cette "valse hésitation entre Luxembourg et Strasbourg" devrait en principe se terminer bientôt »⁸¹. Les Etats parties à la Convention ont adopté un protocole additionnel n° 14 à la CEsDH, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, lequel modifie l'article 59 §2 en énonçant que « l'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ». En outre, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le traité sur l'Union européenne comprend un article 6 §2 qui stipule que « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Ces deux textes apportent une base juridique à l'adhésion de l'Union européenne à la CEsDH. Un projet d'adhésion a ainsi été remis par le Comité directeur pour les droits de l'homme le 14 octobre 2011⁸². Cette adhésion poursuit indubitablement la « volonté de marquer symboliquement l'attachement de l'Union européenne à la protection des droits de l'homme en acceptant que s'exerce sur son droit, non seulement un contrôle interne pratiqué par la CJUE, mais également un contrôle externe sous l'autorité de la Cour de Strasbourg »⁸³. En effet, les actes édictés par les institutions de l'Union européenne pourront directement être attaqués devant la Cour EDH.

⁸⁰ JACQUE (Jean-Paul), *op. cit.*, p. 28.

⁸¹ TAVERNIER (Paul), « De la protection équivalente. La jurisprudence *Bosphorus* à l'heure de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, P.U.P.S., 2013, p. 1017.

⁸² Comité directeur pour les droits de l'Homme (CDDH), Rapport du 14 octobre 2011 au Comité des ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, CDDH (2011) 009.

⁸³ ROSSETTO (Jean), « Quelques observations sur les conditions de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, P.U.P.S., 2013, p. 928.

Aussi, les Etats ne pourront plus être tenus responsables pour les violations de la CEsDH lorsqu'ils se limitent à appliquer, sans marge de manœuvre, le droit de l'Union européenne⁸⁴.

Cette adhésion suscite de nombreuses interrogations techniques. En particulier, et pour ce qui nous concerne, le régime contentieux des mesures nationales d'exécution du droit de l'Union, lorsque les Etats ne bénéficient d'aucune marge d'appréciation, appelle des précisions. En effet, en application de l'article 35 §2, la Cour EDH ne peut connaître d'une requête qu'après épuisement des voies de recours interne. De cette manière, les justiciables sont tenus de saisir préalablement les juridictions nationales. Néanmoins, celles-ci peuvent ne pas opérer un renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité auprès de la CJUE. En effet, en tant que juge de droit commun du droit de l'Union, elles doivent renvoyer la question à la CJUE qu'en cas de doute sérieux sur l'interprétation ou la validité d'une norme de l'Union. De cette manière, la Cour EDH pourrait être amenée à se prononcer sur la conventionnalité d'une mesure nationale d'application, et *a fortiori* sur le droit de l'Union, sans que le juge suprême de l'ordre juridique de l'Union n'ait pu être en mesure d'examiner préalablement la conformité de la norme européenne aux droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique de l'Union. Le renvoi préjudiciel étant une procédure de juge à juge, dont le déclenchement n'est pas aux mains des parties, la Cour ne pourrait opposer au justiciable le non épuisement des voies recours internes. Pour autant, cette situation porterait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Les rédacteurs du projet d'adhésion ont donc été attentifs à ce que la CJUE puisse se prononcer préalablement à la Cour EDH lorsque la conventionnalité du droit de l'Union est en cause. Fallait-il systématiser la jurisprudence *Michaud*? En d'autres termes, pouvait-on obliger les juridictions nationales, lorsque sont soulevées devant elles l'inconventionnalité du droit de l'Union ou d'une mesure nationale d'exécution, à saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Une telle hypothèse aurait entravé leur compétence de droit commun ainsi que les fondements d'une jurisprudence de plus de 25 ans déterminant soigneusement les compétences respectives de la CJUE et des juges nationaux en matière d'interprétation et d'appréciation de validité du droit de l'Union. Nous partageons l'idée « qu'il faudrait faire confiance au sens de responsabilité des juges suprêmes des Etats membres qui, après tout, sont des "juges du droit de l'Union" appelés, dans cette qualité, à exercer un rôle de filtrage en ne soumettant que les questions de validité sérieuses à la Cour de justice »⁸⁵. Ainsi, lui sera préféré un mécanisme permettant une implication préalable de la CJUE. Un consensus se dessine autour de la proposition du juge Timmermans, exposée lors d'une audition devant le Parlement européen. Dès qu'une requête remettant en cause le droit de l'Union serait déclarée recevable devant la Cour EDH, la Commission serait habilitée à saisir la CJUE pour qu'elle se prononce sur la question relative au droit de l'Union⁸⁶.

⁸⁴ Pour envisager les différents cas de responsabilité de l'Etat et de l'Union en cas d'adhésion de l'Union à la CEsDH, voire BERTRAND (Brunessen), « Cohérence normative et désordres contentieux. A propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2012, pp. 181-215.

⁸⁵ LADENBURGER (Clemens), « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD Eur.*, 2011, n° 47, p. 22.

⁸⁶ TIZZANO (Antonio), « Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH », *RTD Eur.*, 2011, n° 47, p. 11.

Dès lors, il s'agit de « spéculer » sur le devenir du principe de protection équivalente dans la perspective de cette adhésion. Ainsi, *quid* de la jurisprudence *Bosphorus* ? Le projet d'adhésion ne fait aucunement référence à cette jurisprudence et à la présomption d'équivalence dont jouissent les actes de l'Union européenne et, *a fortiori*, les mesures nationales de transposition lorsqu'elles se bornent à retranscrire une directive. Ce sera évidemment à la Cour EDH de se prononcer sur le bien-fondé de son maintien à l'occasion d'un litige concret⁸⁷. Si certains auteurs avancent l'idée que cette jurisprudence est « susceptible de ressurgir »⁸⁸ après l'adhésion de l'UE à la CEsDH, nous ne pensons pas qu'une telle solution soit justifiée. En effet, le bénéfice d'une présomption de protection équivalente à l'égard du droit de l'Union serait perçu comme un « privilège » octroyé à l'ordre juridique de l'Union incompatible avec le principe d'égalité devant la Convention de toutes les parties contractantes⁸⁹. A plus forte raison, cette présomption remettrait en cause les fondements de l'adhésion. La jurisprudence *Bosphorus* conciliait deux principes contradictoires : le maintien de la responsabilité des Etats pour les violations de la CEsDH, y compris lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, d'une part, l'absence d'adhésion formelle de l'UE à la CEsDH d'autre part. Or, justement, cette adhésion poursuit l'objectif de soumettre l'Union, au même titre que les Etats membres, au contrôle extérieur de la Cour EDH. Si l'on comprendrait mal ce qui justifierait un tel traitement de faveur, c'est l'intérêt même de l'adhésion de l'Union à la CEsDH qui devrait être fortement relativisé.

Ainsi, avec l'adhésion de l'Union européenne à la CEsDH, le principe de protection équivalente ne devrait plus être opérant dans la jurisprudence de la Cour EDH. Le principe de faveur devrait alors s'y substituer et permettre au bénéficiaire des droits fondamentaux issus d'une pluralité de sources de revendiquer la protection qui lui est la plus favorable⁹⁰. Rappelons que l'article 53 de la CEsDH ainsi que l'article 53 de la CDFUE stipulent qu'ils ne limitent pas ou ne portent pas atteintes aux droits fondamentaux protégés par l'autre texte régional. A plus forte raison, l'article 52 §2 énonce que dans les hypothèses où les droits contenus dans la Charte correspondent à ceux protégés par la CEsDH, leur sens et leur portée sont les mêmes, le droit de l'Union pouvant accorder une protection plus étendue. Ainsi, par syllogisme, il est possible de conclure qu'en application du principe de faveur, les justiciables devraient bénéficier de la CDFUE, laquelle accorde une protection plus étendue⁹¹. Ainsi, l'adhésion de l'Union à la CEsDH devrait mettre fin au risque d'un double standard de protection selon que l'Etat membre se borne ou non à appliquer le droit de l'Union sans latitude d'action⁹². Néanmoins, si une cohérence formelle est assurée, une divergence d'interprétation entre les deux Cours n'est pas impossible.

⁸⁷ GROUSSOT (Xavier), LOCK (Tobias), PECH (Laurent), *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique de projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011*, Fondation Robert Schuman, Questions d'Europe, n° 218, 7 novembre 2011, p. 10.

⁸⁸ TAVERNIER (Paul), *op. cit.*, p. 1012.

⁸⁹ TULKENS (Françoise), « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTD Eur.*, 2011, n° 47, p. 29.

⁹⁰ PLATON (Sébastien), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, p. 255.

⁹¹ Majeure : Les articles 53 de la CEsDH et de la CDFUE consacrent le principe de faveur. Mineure : l'article 52 §3 établit qu'en cas de correspondance des droits, la CDFUE accorde une protection égale ou supérieure à la CEsDH. Conclusion : Les justiciables doivent bénéficier de la protection la plus étendue en application du principe de faveur et donc de la CDFUE.

⁹² En effet, lorsqu'ils se bornent à exécuter le droit de l'Union, les Etats parties à la CEsDH sont réputés méconnaître leurs obligations conventionnelles qu'en cas d'insuffisance manifeste accordée à la protection d'un droit garanti par la CEsDH.

En effet, certains avaient pu légitimement penser, qu'en application de l'article 53 de la CDFUE, monsieur Melloni aurait pu se prévaloir du standard de protection constitutionnel conformément au principe de faveur mais la CJUE a rejeté cette solution.

A plus forte raison, il faut resituer ces deux Cours européennes à l'aune de leur mission. La Cour EDH dispose d'une compétence exclusive en matière de protections des droits fondamentaux. A l'inverse, l'Union européenne assure une fonction économique. Or, si la CJUE se montre très attachée à la protection des droits fondamentaux dans une « Union de droit », acceptant, par exemple, une restriction à la liberté de prestation de service au regard du principe de dignité humaine dans l'affaire *Omega*⁹³, elle ne saurait faire oublier la dimension économique de l'Union. Ainsi dès l'arrêt *Stauder* de 1969, la CJUE a jugé que « la sauvegarde des droits fondamentaux doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »⁹⁴. Si la Cour EDH relèvera certainement que la réalisation des libertés économiques garanties par le droit de l'Union poursuit un « intérêt légitime » de nature à justifier des restrictions aux droits fondamentaux, la CJUE apprécie que la garantie d'un droit fondamental justifie la limitation portée à une liberté économique. Ces deux méthodes d'interprétation peuvent aboutir à des solutions identiques. Néanmoins, force est de constater qu'elles se fondent sur des approches différentes liées à la mission respective des deux Cours dans un ordre ou système juridique donné⁹⁵.

En outre, l'article 1^{er} du protocole n° 8 relatif à l'article 6 §2 du traité sur l'Union européenne insiste sur « la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union » dont la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union sont autant de composantes. Puisque ces caractéristiques ont joué contre l'application du principe de faveur dans l'affaire *Melloni*, on peut légitimement reproduire cette hypothèse s'agissant des rapports futurs entre la CJUE et la Cour EDH. A cet égard, il faut relever avec le juge Tizzano que « dans un certain sens et sans vouloir être iconoclastes, ce sont plutôt... les cours que les chartes qui comptent »⁹⁶. Or, la CJUE pourrait être tentée de reprendre à son compte la théorie de « contre-limites ». Le contrôle de la Cour EDH est conçu comme une limite à la compétence exclusive de la CJUE pour interpréter et apprécier la validité du droit de l'Union. Néanmoins, ce contrôle extérieur ne saurait remettre en cause la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union, les caractéristiques essentielles de l'Union constituant des limites à cette limite – autrement dit, des « contre-limites ». De cette manière, au principe de protection équivalente développé dans la jurisprudence de la Cour EDH, lequel joue en faveur de la compétence exclusive de la CJUE, pourrait se substituer un autre critère dans la jurisprudence de la CJUE lié à l'identité de l'ordre juridique de l'Union et de nature à préserver la compétence de la CJUE pour garantir les caractéristiques du droit de l'Union.

⁹³ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega GmbH c/ ville de Bonn*, aff. C-36/02.

⁹⁴ CJCE, 12 novembre 1969, *op. cit.*

⁹⁵ Dans ses conclusions sur l'arrêt *Melloni*, l'avocat général Yves Bot énonce qu'« il n'est donc pas possible de raisonner uniquement en termes de niveau plus ou moins élevé de protection des droits fondamentaux sans prendre en compte les impératifs liés à l'action de l'Union et la spécificité du droit de l'Union » ; Conclusions de l'avocat général BOT (Yves) présentée le 2 octobre 2012 dans l'affaire CJUE, GC, 26 février 2013, *Stephano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, C-399/11.

⁹⁶ TIZZANO (Antonio), *op. cit.*, p. 16.