



Droits et Débats

L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : Questions de souveraineté ?

Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation

Un colloque organisé
par le Conseil d'État
et la Cour de cassation
le 10 avril 2015



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État »

(ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? – étude annuelle 2012, n° 63.
- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes: anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger, 2016.

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, n° 1, 2011.
- Les développements de la médiation, n° 2, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, n° 3, 2012.
- La démocratie environnementale, n° 4, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, n° 5, 2012.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, n° 6, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7, 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2014.
- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.
- Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, n° 12, 2014.
- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Ou va l'État? – Tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.

Collection « Histoire et mémoire »

- Conférences Vincent Wright – Volume 1, n° 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX^e siècle, n° 2, 2014.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, n° 3, 2014.
- Conférences Vincent Wright – Volume 2, n° 4, 2015.

Collection « Jurisprudences »

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015, 2016.



Sommaire

Présentation du colloque	5
Programme du colloque	7
Abréviations et acronymes	8
Séance d'ouverture	9
Première table ronde - Souveraineté et globalisation	29
Présentation des intervenants	31
Problématique de la première table ronde	33
Actes – Souveraineté et globalisation	35
Échanges avec la salle	55
Deuxième table ronde - Application et force juridique de la norme internationale	59
Présentation des intervenants	61
Problématique de la deuxième table ronde	63
Actes – Application et force juridique de la norme internationale	67
Troisième table ronde - Les sujets de droit international : qualité et attributs	101
Présentation des intervenants	103
Problématique de la troisième table ronde	105
Actes - Les sujets de droit international : qualité et attributs	109
Échanges avec la salle	139
Séance de clôture : conclusion à deux voix des travaux de la journée	143
Bibliographie indicative	159







Présentation du colloque

Forts du succès rencontré par leurs deux précédents colloques organisés conjointement (*Santé et justice : quelles responsabilités ?* les 20 et 21 octobre 2011, et *La sanction* le 13 décembre 2013), le Conseil d'État et la Cour de cassation organisent une nouvelle manifestation afin de porter un regard croisé sur la manière dont les deux Cours suprêmes abordent aujourd'hui le droit européen et les questions de droit international public.

S'il est commun de relever que le Conseil d'État et la Cour de cassation examinent des questions concernant la validité, la ratification et la publication des traités internationaux, leur interprétation (comme celles des réserves émises), mais aussi leur effet direct, leur office dans l'identification de la coutume internationale, l'application extraterritoriale de la loi ou la reconnaissance d'un statut aux États et de leurs attributs étatiques est moins connu.

Les deux juridictions suprêmes se voient, par ailleurs, confrontées à des questions difficiles d'articulation de normes internationales qu'accentue la diversité des mécanismes de contrôle de la norme et à la multiplication des procédures de questions préjudicielles constitutionnelles, communautaires et européennes.

En quoi ces évolutions rejaillissent-elles sur l'office des deux cours ? Quels principes et méthodes adoptent-elles pour interpréter les normes internationales ? Quel processus est mis en place pour retenir la force contraignante ou prendre en considération des normes ou résolutions internationales ? Quels sont les voies et moyens dont elles disposent pour connaître l'opinio juris internationale et pour apporter des solutions qui soient en cohérence avec l'état du droit européen et international ? Quels rapports les deux Cours suprêmes entretiennent-elles avec les juridictions internationales ? Quelle place donnent-elles à l'extraterritorialité du droit ? Peut-on enfin dire qu'elles remplissent un quasi rôle de juge international ?

Après les propos introductifs de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, de Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, et de Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, le colloque donnera la parole à de hauts magistrats de Cours suprêmes étrangères et de cours de justice européennes et internationale ainsi qu'à des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, du barreau et de l'université.

La première table ronde, présidée par le professeur Alain Pellet, permettra de mettre en exergue la place et le rôle des Cours suprêmes dans l'édification d'un ordre juridique international, mais aussi dans la résolution ou le dépassement des zones de conflits pouvant naître de l'opposition entre la souveraineté des ordres juridiques nationaux et les impératifs normatifs internationaux. Dans un contexte de mondialisation de l'économie et de globalisation du droit, il est intéressant de se demander quelles sont la réalité et l'efficacité du dialogue qui s'instaure entre les juges nationaux, européens et internationaux. De même, les juridictions suprêmes parviennent-elles





à maintenir la protection de l'ordre juridique interne, la souveraineté et les intérêts premiers des États sans trahir les impératifs du droit international et européen ? Quel regard, enfin, les Cours suprêmes des États portent-elles sur l'arbitrage international auquel peuvent avoir recours les États ou leurs démembrements bien que soient en jeu des politiques publiques ?

Les intervenants de la deuxième table ronde, présidée par Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État, présenteront les problématiques récentes de l'application et de la force juridique de la norme internationale. Sera abordé le rôle des Cours suprêmes dans la définition de la norme internationale, notamment au regard de la coutume, des principes généraux, du jus cogens, du développement du droit souple, et de la question des réserves. Seront également traités les effets de la norme internationale dans l'ordre interne à travers l'articulation des différents contrôles dits de « *fondamentalité* », la détermination de l'effet direct des dispositions de droit international et l'efficacité des mécanismes d'interrogations préalables des juridictions européennes au regard, notamment, des mesures suspensives et provisoires qu'elles peuvent prononcer et de l'autorité de la chose interprétée par les cours. Seront enfin étudiées les questions d'extraterritorialité de la norme et des décisions juridictionnelles.

La troisième table ronde, présidée par Léonard Bernard de La Gatinais, premier avocat général à la Cour de cassation, sera consacrée au rôle des juridictions dans la détermination des sujets de droit international et de leurs attributs. À partir d'affaires récentes, les différents intervenants présenteront le pragmatisme avec lequel les juridictions internationales et internes appliquent, utilisent et adaptent la notion traditionnelle de sujet de droit international. La table ronde permettra alors d'aborder la question du statut international de l'Union européenne. Enfin, face au développement des opérateurs publics et des investisseurs privés, quelle place accorder aux immunités de juridiction et d'exécution lorsque des États ou leurs émanations font faillite et sont poursuivis par des fonds spéculatifs ?

Les travaux seront conclus par Edmond Honorat, président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État et Jean-Paul Jean, président de chambre à la Cour de cassation, directeur du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation.



Programme du colloque

9h30 – Séance d'ouverture

- **Jean-Marc Sauvé**, vice-président du Conseil d'État
- **Bertrand Louvel**, premier président de la Cour de cassation
- **Jean-Claude Marin**, procureur général près la Cour de cassation

10h15-12h15 – Table ronde 1 : Souveraineté et globalisation

Président

- **Alain Pellet**, professeur émérite de l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Intervenants

- **Stephen Breyer**, juge à la Cour suprême des États-Unis
- **Catherine Kessedjian**, professeur à l'université de Panthéon-Assas
- **Koen Lenaerts**, président de la Cour de justice de l'Union européenne
- **Andreas Paulus**, juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

14h-15h30 – Table ronde 2 : Application et force juridique de la norme internationale

Président

- **Bernard Stirn**, président de la section du contentieux du Conseil d'État

Intervenants

- **Nicole Belloubet**, membre du Conseil constitutionnel
- **Suzanne von Coester**, rapporteur public à la section du contentieux du Conseil d'État
- **Nicolas Maziau**, chargé de mission du Premier président de la Cour de cassation
- **Angelika Nussberger**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme

15h30-17h – Table ronde 3 : Les sujets de droit international : qualité et attributs

Président

- **Léonard Bernard de La Gatinais**, premier avocat général de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Intervenants

- **Ronny Abraham**, président de la Cour internationale de justice
- **Jean-Claude Bonichot**, juge à la Cour de justice de l'Union européenne
- **Pierre Chevalier**, avocat général référendaire à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
- **Emmanuel Piwnica**, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

17h-17h20 – Séance de clôture

- **Edmond Honorat**, président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État
- **Jean-Paul Jean**, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation





Abréviations et acronymes

AAI	Autorité administrative indépendante
AMF	Autorité des marchés financiers
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CIJ	Cour internationale de Justice
CJCE	Cour de justice des communautés européennes (devancière de la CJUE)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CPJI	Cour permanente de justice internationale (devancière de la CIJ)
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
ENA	École nationale d'administration
PESC	Politiques étrangères et de sécurité commune
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité



Séance d'ouverture

Jean-Marc Sauvé¹

Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives.

Monsieur le Premier président,
Monsieur le Procureur général,
Mesdames et Messieurs les juges et les professeurs,
Mesdames et Messieurs,
Mes chers collègues,

Parce qu'elle est le fruit « *d'une longue invention où le rationnel [le dispute] à l'insolite* »², la souveraineté interroge et cristallise les controverses. Que les juristes la nomment et aussitôt se lèvent les cohortes de ses thuriféraires et de ses contempteurs ; qu'ils analysent ses attributs et les esprits s'échauffent ; qu'ils lui cherchent un titulaire et la bataille s'engage. Il faut donc refroidir la question de la souveraineté et porter, avec le recul nécessaire, un regard net et lucide sur les rapports qu'entretient notre ordre juridique avec le droit international et, en particulier, le droit européen. C'est ce à quoi nous invite le présent colloque organisé conjointement par le Conseil d'État et la Cour de cassation, après les deux précédentes manifestations qui ont porté en 2011 sur le thème de la santé et de la justice et en 2013 sur celui des sanctions.

1. Texte écrit en collaboration avec Stéphane Eustache, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

2. A. Rigaudière, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 67, 1993.





La « *globalisation du droit* »³ déstabilise, sans la rendre tout à fait caduque, une conception « classique » de la hiérarchie des normes et des rapports entre ordres juridiques⁴. À un modèle strictement pyramidal, s'est substitué un réseau⁵ de normes qui, d'un système à l'autre, miroitent ou se répondent ; à la jonction des ordres internes et internationaux, s'est développée une zone continue d'échanges et d'influences permanents ; dans les interstices du monopole de la fonction normative des États, s'est épanouie une diversité de « *foyers de juridicité* »⁶, où s'élaborent de nouveaux instruments plus souples, mais pas moins directs.

À l'ère du pluralisme juridique⁷, les « *vraies marques de souveraineté* »⁸, telles que définies par Jean Bodin au XVI^e siècle, demeurent, mais elles sont redistribuées, ce qui, loin de conduire au dépérissement des États-nations, nous impose d'imaginer et de régler un « *exercice collectif* »⁹ de la souveraineté. La recomposition des rapports entre ordres juridiques ne va pas sans interrogations légitimes sur l'identité et la souveraineté nationales, ni sans risques inédits d'insécurité juridique, de frottement et même de rivalité. C'est pourquoi, il faut prendre au sérieux l'exigence contemporaine et partagée d'une régulation systémique. Les ordres juridiques ne sauraient simplement coexister, ils doivent se combiner, tantôt s'harmoniser et se confondre, tantôt se compléter et se différencier, tantôt être rehiérarchisés.

S'il faut écarter une conception superlative, voire obsidionale, de la souveraineté, c'est que notre ordre juridique a su de longue date, sans renoncer à son identité, s'ouvrir au droit international et, en particulier, au droit européen (I). Pour autant, l'efficacité des instruments permettant de maîtriser et de réguler cette ouverture doit être réexaminée (II).

I. L'ouverture de notre ordre juridique au droit international se manifeste par un triple phénomène d'incorporation (A), d'appropriation (B) et d'imbrication (C).

A. Le droit international n'entre pas par effraction dans notre ordre juridique, il y pénètre par les voies et selon les modalités définies depuis 1946¹⁰ par notre

3. J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, éd. LGDJ, 2010.

4. Sur ce point, voir B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, éd. Lextenso, 2013.

5. F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une dialectique du droit*, éd. Presses des facultés universitaires de Saint Louis, 2002.

6. A. Garapon, in P. Bouretz, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, éd. Esprit, 1991, p. 222.

7. Phénomène qui revêt des aspects tant normatifs, institutionnels que sociologiques, voir sur ce point, J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, éd. LGDJ, 2010, p. 204.

8. J. Bodin, *Les six livres de la République*, 1576, rééd. 1986, éd. Fayard, Livre I, chap. X, p. 306. Selon Bodin, la puissance absolue du souverain impose que « *ceux-là qui sont souverains ne soient aucunement sujets aux commandements d'autrui et qu'ils puissent donner loy aux sujets et casser ou anéantir les loix inutiles pour en faire d'autres* » (ibid, p. 191) ; voir pour une interprétation des thèses de Bodin : F. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français*, éd. LGDJ, 2000.

9. F. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français*, éd. LGDJ, 2000, p. 466.

10. V. l'art. 26 de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification* » ; art. 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle*





Constitution et il s'y **incorpore dans le respect d'une hiérarchie des normes qui lui préexiste, l'englobe et lui confère sa valeur et sa portée.** La France a fait, il y a près de soixante-dix ans, le choix du monisme juridique, à la différence d'autres grands États dualistes ou à tendance dualiste comme le Royaume-Uni, l'Italie ou l'Allemagne. Que l'on juge ce choix pertinent – ce que je crois – ou non, c'est celui du constituant et il procède par conséquent de l'expression la plus solennelle du peuple français.

Dans ce cadre, les juges en France contrôlent le respect des conditions constitutionnelles d'introduction d'un traité dans l'ordre interne, qu'il s'agisse de l'existence d'un acte de ratification ou d'approbation¹¹ ou de la compétence de l'autorité qui l'a édicté¹² et, en particulier, de l'obligation d'une autorisation législative¹³. Sur le fondement de l'article 55 de la Constitution et selon la *règle de conflit de normes*¹⁴ édictée par cet article, les juges de notre pays veillent depuis quarante ans en ce qui concerne le juge judiciaire¹⁵, depuis vingt-cinq ans s'agissant du juge administratif,¹⁶ à la primauté des traités sur les lois même postérieures, comblant ainsi le « *vide juridictionnel* »¹⁷ créé par la décision *IVG* du Conseil constitutionnel¹⁸. Cette primauté a été conférée en particulier au droit dérivé de l'Union européenne, à ses règlements¹⁹ et à ses directives²⁰, mais elle ne s'étend ni à la coutume internationale²¹, ni aux principes généraux de droit international²². La primauté des traités dans l'ordre interne s'arrête cependant là où commence celle de la Constitution qui la précède et la fonde. La suprématie des engagements internationaux de la France « *ne s'applique pas [en effet] aux dispositions de nature constitutionnelle* »²³, qui culminent au « *sommet de l'ordre juridique interne* »²⁴, et lorsque de tels engagements « *contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle* »²⁵.

des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » La réserve exprimée par l'art. 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas substantiellement modifié la portée de la règle énoncée par l'art. 26 de la Constitution du 27 octobre 1946.

11. CE 16 novembre 1956, *Villa*, Rec. 433.

12. CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, Rec. 1965, n° 5278.

13. CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activité de Blotzheim*, Rec. 484, n° 181249 ; voir pour l'exercice de ce contrôle par voie d'exception : CE, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, Rec. 77, n° 242860.

14. CE 2 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Rec. 1, n° 257341.

15. Cour de Cassation, ch. mixte, 24 mai 1975, *Société « Café Jacques Vabre »*, n° 73-13.556.

16. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. 190, n° 108243.

17. Concl. P. Frydman sur aff. *Nicolo* précitée, Rec. p. 194.

18. CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

19. CE 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. 251, n° 58657.

20. CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, Rec. 81, n° 56776 et 56777.

21. CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec. 206, n° 148683.

22. CE 28 juillet 2000, *Paulin*, Rec. 317, n° 178834.

23. CE, Ass., 30 octobre 1996, *Sarran et Levacher*, Rec. 368 ; Cour de Cassation, Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisie*, n° 99-60.274, bull. p. 813.

24. CC n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 10.

25. CC n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, cons. 9.





Comme le relevait le président Ronny Abraham, « dans l'ordre interne, tout procède de la Constitution. (...) Cette suprématie est donc, aussi longtemps que la société internationale sera fondée sur le fait politique de la souveraineté des États, une vérité première et incontournable »²⁶.

B. En deuxième lieu, l'**appropriation** du droit international par les citoyens et les justiciables a été régulée grâce à la théorie de l'effet direct qui, à la manière d'une écluse, permet « aux normes internationales de pénétrer dans l'ordre interne à un débit mesuré et, surtout, maîtrisé »²⁷.

Toute personne peut en effet se prévaloir directement des stipulations d'un traité, lorsqu'elles « n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à [leur] égard »²⁸. Comme l'a précisé le Conseil d'État, ces deux critères tenant à l'objet et à la complétude des stipulations invoquées sont mis en œuvre eu égard « à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes », de sorte que l'absence d'effet direct « ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation [invoquée] désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit »²⁹. Lorsqu'est invoqué un traité aux fins d'examen de la validité du droit de l'Union européenne, le juge français met lui-même en œuvre³⁰, en l'absence de difficulté sérieuse, les critères analogues de l'effet direct qui ont été dégagés par la Cour de justice de l'Union³¹.

Dans le cas des directives européennes, qui ne sont pas en principe d'effet direct, un régime particulier a été élaboré, afin de pouvoir s'en prévaloir sous certaines conditions. Tout justiciable peut en effet faire valoir, par voie d'action ou d'exception, qu'après l'expiration du délai imparti pour leur transposition, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister, ni continuer de faire application de règles, écrites

26. R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, éd. Hachette, 1989, pp. 35-36.

27. M. Gautier et F. Melleray, « Applicabilité des normes internationales », *Jurisclasseur Adm.*, fasc. 20, 04.2013.

28. CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, Rec. 142, n° 322326 ; voir par ex. pour des cas d'invocabilité directe : CE 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n° 341533 (art. 15 de la Charte sociale européenne), CE 10 février 2014, *Fischer*, n° 358992 (art. 24 de la Charte sociale européenne), CE 30 janvier 2015, *Union syndicale solidaires*, n° 363520 (art. 2 de la partie II de la Charte sociale européenne) ; pour un cas où l'invocabilité directe n'a pas été reconnue : CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT*, n° 342409. (art. 6 § 9 de la Convention d'Aarhus)

29. CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, Rec. 142, n° 322326.

30. CE 6 décembre 2012, *Société Air Algérie*, Rec. 398, n° 347870 : « les stipulations d'un traité international ne peuvent toutefois être utilement invoquées aux fins de l'examen de la validité de l'acte du droit de l'Union que si, d'une part, la nature et l'économie de la convention en question n'y font pas obstacle et si, d'autre part, elles apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, dès lors qu'elles comportent une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur ».

31. CJUE, Grande chambre, 3 juin 2008, *Intertanko*, C-308/06, § 45 et CJUE, Grande chambre, 9 septembre 2008, *FIAMM*, C-120/06, § 110 : « il résulte notamment de la jurisprudence de la Cour que celle-ci considère qu'elle ne peut procéder à l'examen de la validité d'une réglementation communautaire dérivée au regard d'un traité international que lorsque la nature et l'économie de celui-ci ne s'y opposent pas et que, par ailleurs, ses dispositions apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises ».





ou non écrites, du droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives. En outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris les mesures de transposition nécessaires dans le délai imparti³². Cette invocabilité particulière, reconnue au double visa du Traité instituant la Communauté européenne et de l'article 88-1 de la Constitution, n'a cependant pas été étendue et ne saurait l'être en l'état au cas des engagements internationaux classiques qui sont dépourvus d'effet direct³³.

D'une manière générale, l'appropriation du droit international par les particuliers a été rendue possible grâce à un perfectionnement de l'office du juge, qui interprète les stipulations des traités³⁴, y compris une clause de réciprocité³⁵ et, le cas échéant, concilie entre elles des conventions internationales³⁶, sans pour autant se prononcer sur la validité de l'une au regard des autres³⁷. Lorsqu'il assume son office, le juge national recherche, intègre et même anticipe le point de vue des juges européens : il fait un usage pertinent³⁸ des voies de dialogue institutionnalisées – questions préjudicielles devant la Cour de justice, demain procédure d'avis consultatif devant la Cour européenne des droits de l'Homme³⁹ - ; le juge national confère toute sa portée à l'autorité des arrêts de la Cour de Luxembourg⁴⁰ et il veille à ce que les autorités administratives prennent dûment en compte les arrêts de la Cour de Strasbourg et en tirent toutes les conséquences, sans toutefois, en l'absence de loi nationale qui l'y autorise⁴¹, remettre en cause, même en cas de violation de

32. CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, Rec. 407, n° 298348, ccls M. Guyomar ; voir pour un cas d'invocabilité directe d'une directive à l'encontre d'un acte administratif non réglementaire : CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, n° 345978 ; voir pour l'absence d'invocabilité directe d'une directive à l'encontre d'un acte administratif non réglementaire : CE 1^{er} mars 2013, *Société Roozen France, CRIIRAD et autres*, n° 340859.

33. Comme l'a souligné le Conseil d'État dans l'arrêt *Gisti* du 11 avril 2012 précité, contrairement aux conclusions de son rapporteur public.

34. En ce qui concerne le juge administratif : CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, Rec. 171, n° 78519 ; en ce qui concerne le juge civil : Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, *Banque africaine du développement*, Bull. n° 470, p. 327 ; en ce qui concerne le juge pénal : Crim., 11 février 2004, n° 02-84.472, Bull. crim. n° 37, p. 150.

35. CE, Ass., 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, Rec. 251, n° 317747.

36. CE, Ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678 ; CE 11 avril 2014, *Giorgis*, n° 362237.

37. CE 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366 ; CE, Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663.

38. V. en ce qui concerne la théorie de l'acte clair : CE, Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, Rec. 344, n° 47007 ; CJCE 6 octobre 1962, *CILFIT*, Rec. 3415, C-283-81.

39. Lorsqu'entrera en vigueur le protocole n° 16, signé par la France le 2 octobre 2013.

40. V. not. en ce qui concerne l'interprétation du droit de l'Union : CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot en Slot Allium BV et société Bejo Zaden BV*, Rec. 512, n° 234560 ; en ce qui concerne la possibilité de moduler les effets d'une annulation contentieuse : CE 28 mai 2014, *Association Vent de colère !*, n° 324852.

41. V. l'ancien art. 626-1 du code de procédure pénale, créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, dont la substance a été reprise à l'art. 622-1 du même code, créé par la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive : « *Le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour le condamné, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la convention précitée ne pourrait pas mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la*





la Convention européenne des droits de l'Homme, l'autorité de la chose jugée au niveau national⁴².

C. En troisième lieu, l'**imbrication** de l'ordre interne avec une pluralité d'ordres internationaux loin de dissoudre notre identité a, au contraire, agi comme un révélateur.

Les mêmes juges appliquent et protègent les droits des mêmes personnes, énoncés dans des termes similaires, mais appartenant à des ordres juridiques autonomes et mis en œuvre selon des techniques différentes. Dans cet environnement marqué par une pluralité de systèmes normatifs distincts mais imbriqués, le risque de cacophonie est naturellement élevé et le risque d'un *conflit des primautés* n'est pas nul. Notre Constitution a anticipé et intériorisé ces risques et les exigences de complémentarité qui en découlent. En s'ouvrant, notre ordre interne a diversifié ses sources et s'est restructuré ; en se combinant à d'autres ordres, il s'est rehiérarchisé ; en « s'eupéanisant », il a gardé la maîtrise des transferts de compétence qui ont été consentis et il s'est réservé le pouvoir de prononcer le « dernier mot » dans des cas exceptionnels. C'est ainsi qu'a été reconnue la spécificité du droit de l'Union européenne et de son ordre juridique « intégré ». La participation de la France à la « *création et au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision* »⁴³ est en effet devenue une source autonome d'exigences constitutionnelles, combinant de l'intérieur les objectifs d'intégration et de protection des traditions constitutionnelles communes aux États membres⁴⁴.

À cet égard, si l'obligation de transposer les directives européennes a été déduite de l'article 88-1 et revêt une valeur constitutionnelle⁴⁵, elle ne saurait toutefois autoriser la transposition de directives qui iraient à l'encontre de règles ou de principes inhérents à « *l'identité constitutionnelle de la France* »⁴⁶ – sauf à ce que le constituant y ait expressément consenti. De même, si l'article 88-2⁴⁷ de la

décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions ».

42. CE, Sect., 4 octobre 2012, *Baumet*, n° 328502 ; CE, Ass., 30 juillet 2014, *Vernes*, n° 358564.

43. CC n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne (« Maastricht I »)*, cons. 13.

44. Ainsi que le souligne l'article 6 du Traité sur l'Union européenne.

45. CC n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7.

46. CC n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19 ; par la même décision, le Conseil constitutionnel précise que « *devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut pas saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne* » et « *qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* » (cons. 20). Le Conseil rappelle à ce titre qu'« *en tout état de cause, il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel* » (voir pour cette formulation : CC n° 2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifiés*, cons. 4).

47. CC n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013, *Jeremy F.*, cons. 6.





Constitution prescrit de mettre en œuvre le mandat d'arrêt européen selon les actes pris à cet effet par les institutions de l'Union, cette obligation ne saurait pas porter atteinte à des droits et principes constitutionnels, lorsque les autorités nationales font usage de leurs marges d'appréciation⁴⁸. Par conséquent, sur le chemin de l'intégration européenne, des clauses de réserve de la souveraineté ont été introduites, comme autant de cordes de rappel. Elles ont fonctionné moins comme des freins à l'intégration, que comme des garde-fous salutaires.

Dans ces conditions, l'ouverture de notre ordre juridique au droit international a été l'un des facteurs les plus féconds de transformation de notre État de droit, tout en préservant notre faculté d'autodétermination. Les acquis sont considérables, que les garanties internationales aient élevé le niveau des garanties internes ou qu'elles aient servi de tremplin ou d'aiguillon pour les développer, parfois au-delà des standards européens. Cette dynamique vertueuse doit être préservée et entretenue, même si des risques permanents d'embolie subsistent.

II. L'intensité des « *interactions normatives* »⁴⁹ entre ordres juridiques appelle aujourd'hui des actions renforcées de coordination (A), d'homogénéisation des droits protégés par plusieurs ordres juridiques (B) et aussi d'intégration à l'échelle de l'Union européenne (C).

A. En premier lieu, l'objectif d'une meilleure **coordination** entre des systèmes normatifs distincts mais imbriqués est une responsabilité partagée entre les États et les instances européennes ou internationales.

Le principe de subsidiarité est l'instrument privilégié de ce partage. Dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, les États disposent, « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays* »⁵⁰, de marges nationales d'appréciation, lorsqu'ils veillent à l'application des droits et libertés garantis par la Convention. L'ampleur de ces marges n'est ni uniforme, ni illimitée, et elle varie suivant la nature des intérêts en cause et le degré de consensus entre les législations des États du Conseil de l'Europe. Elles sont d'autant plus restreintes que les intérêts protégés touchent à « *un aspect essentiel de l'identité des individus* », comme par exemple la filiation⁵¹, ou encore lorsqu'est affecté un « *fort intérêt pour une société démocratique* », comme la liberté d'expression⁵².

Ces marges sont en revanche d'autant plus larges que sont en jeu des choix de société, « *des questions de politiques générales (...), [touchant notamment aux] relations entre l'État et les religions* »⁵³ ou encore à des questions délicates de

48. CC n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013, *Jeremy F.*, cons. 9.

49. Voir, sur ce point : *Les interactions normatives, droit de l'Union européenne et droit international*, éd. Pedone, 2012.

50. CEDH, Cour plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 48.

51. CEDH 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, § 80.

52. CEDH, Grande chambre, 22 avril 2013, *Animal Defenders c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, §102.

53. V. en ce qui concerne l'exposition de crucifix dans des salles de classe à l'école publique : CEDH 18 mars 2011, Grande Chambre, *Lautsi c. Italie*, n° 30814/06 ; en ce qui concerne le port du foulard islamique dans des établissements d'enseignement supérieur : CEDH 10 novembre 2005, Grande chambre, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 447774/98, §109-110.





morale ou de bioéthique⁵⁴. Dans de tels cas, la Cour de Strasbourg s'impose à elle-même « *de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité, dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques* »⁵⁵. Les marges nationales d'appréciation sont en outre d'autant plus larges qu'il n'existe pas de « *dénominateur commun* »⁵⁶, ni de « *consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe* »⁵⁷.

Pour que le principe de subsidiarité exerce pleinement ses vertus régulatrices, il doit conduire les autorités nationales à analyser de façon systématique, approfondie et, si possible, préventive la compatibilité du droit interne avec les garanties européennes. Mais ce principe requiert aussi de la Cour européenne des droits de l'Homme des prises de position stables et cohérentes, une explicitation des dénominateurs communs, c'est-à-dire de ce qui fait consensus en Europe, et une évaluation raisonnable des marges nationales d'appréciation, pour que les autorités des États parties puissent se les approprier sans hésitation, ni autocensure. Sur chacun de ces points, des progrès sont possibles, nécessaires même, et j'ai eu l'occasion de le souligner le 30 janvier 2015 à Strasbourg lors du séminaire de rentrée de la Cour.

B. En deuxième lieu, **l'homogénéisation** de droits fondamentaux protégés par différents ordres juridiques passe par une clarification des points d'accord et de convergence et par une adaptation des contrôles juridictionnels.

La technique de l'interprétation conforme contribue à cet objectif. Les juges nationaux veillent en effet à ce que les règles internes soient interprétées conformément aux engagements internationaux souscrits par leur pays et, en particulier, aux règles et principes du droit de l'Union européenne⁵⁸ et à la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Conseil constitutionnel⁵⁹ et le Conseil d'État⁶⁰ ont ainsi interprété conformément aux exigences du droit de l'Union les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 relatives à la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, comme l'a confirmé ultérieurement la Cour de justice de l'Union⁶¹.

54. V. en ce qui concerne la réglementation du droit à l'avortement : CEDH, Grande chambre, 16 décembre 2010, *A., B., C. c. Irlande*, n° 25579/05 ; en ce qui concerne les conditions de recours à la fécondation *in vitro* : CEDH, Grande chambre, 3 novembre 2011, *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00 ; en ce qui concerne le recours au suicide assisté : CEDH 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, n° 31322/07.

55. CEDH, Grande chambre, 1^{ère} juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11, § 154.

56. CEDH 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, § 40.

57. CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 77.

58. V. par ex. en ce qui concerne l'interprétation conforme de dispositions législatives au regard de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 : CE 16 décembre 2013, *Nouri-Shakeri*, n° 366722 ; ou encore au regard de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 : CE 15 décembre 2014, *SA Technicolor*, n° 380942.

59. CC n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 14 et 15.

60. CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

61. CJUE, Grande chambre, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, § 50.



Combinant les techniques de l'interprétation conforme et de l'acte clair⁶², le juge national veille en outre à l'harmonie des garanties offertes par le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'Homme, comme l'a illustré d'une manière remarquable l'affaire *Conseil national des barreaux*⁶³.

L'homogénéisation des droits est par ailleurs assurée grâce à la reconnaissance de l'équivalence des protections. Lorsqu'il est saisi d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'un décret de transposition d'une directive, le juge administratif opère ainsi, selon l'expression de M. Guyomar, un « *transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire* »⁶⁴ : cette « *translation* »⁶⁵ le conduit ainsi à rechercher s'il existe une règle ou un principe du droit de l'Union dont l'application concrète puisse garantir l'effectivité de la règle ou du principe constitutionnel invoqué. Ce n'est que dans le cas contraire qu'il lui revient d'examiner directement la conformité des dispositions contestées au regard de la Constitution. De tels mécanismes d'homogénéisation des droits se mettent aussi en œuvre dans le dialogue que nouent les Cours suprêmes européennes. Ainsi, les juges de Luxembourg se réfèrent aux instruments internationaux auxquels ont adhéré les États membres⁶⁶ et, en particulier, à la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁷ pour découvrir des principes généraux du droit, comme le rappelle l'article 6 § 3 du TUE. Les juges de Strasbourg, quant à eux, estiment qu'un État membre faisant application du droit de l'Union est présumé respecter les exigences de la Convention, sauf à ce que soit démontrée une « *insuffisance manifeste* »⁶⁸.

62. CE, Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, n°47007 ; CJCE 27 mars 1963, *Costa*, 28/62 et CJCE 6 octobre 1982, *CILFIT*, 283/81.

63. CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845 (interprétation au regard des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001, modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux). La décision du Conseil d'État de ne pas saisir dans cette affaire la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle afin que soit examinée la compatibilité de cette directive avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme a conduit dans une affaire ultérieure la Cour de Strasbourg à estimer d'une manière stricte que « *le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, [n'avait pas] pu déployer l'intégralité de ses potentialités* », de sorte que la « *présomption de protection équivalente* » ne pouvait trouver à s'appliquer, tout en concluant *in fine* à l'absence de violation de l'article 8 (voir CEDH 6 mars 2013, *Michaud c. France*, n° 12323/11, not. § 115-132).

64. V. sur ce point les conclusions de M. Guyomar sur CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. 55, n° 287110 (RFDA, 2007, p. 384).

65. *Ibid.*

66. CJCE 14 mai 1974, *Nold*, 4-73, §13.

67. CJCE 28 octobre 1975, *Rutili*, 36-75, § 32.

68. CEDH, Grande chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, § 156 ; comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'Homme à propos de la Charte des Nations Unies, « *la présomption de protection équivalente vise en particulier à éviter qu'un État partie soit confronté à un dilemme, lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la Convention* » (CEDH 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08, §116).





Enfin, la Convention européenne des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne comportent chacune en leur article 53 une clause de concordance au bénéfice de la protection la plus élevée⁶⁹.

Pour autant, le mécanisme d'équivalence des protections, que l'on retrouve aussi dans la jurisprudence *Solange* de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, n'a rien d'une évidence, ni d'un automatisme⁷⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas en effet à le neutraliser, lorsque les États membres disposent d'un pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre du droit de l'Union. C'est notamment le cas pour les mesures de renvoi des demandeurs d'asile prises dans le cadre du dispositif « Dublin » en raison de la « clause de souveraineté » qu'il comporte⁷¹. En l'absence d'équivalence présumée, les juges doivent s'efforcer d'utiliser les mêmes critères pour interdire le renvoi d'un demandeur d'asile vers un État membre⁷². Par ailleurs, lorsque l'équivalence des protections trouve en principe à s'appliquer, la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas non plus à renverser la présomption de conformité et à estimer que, « *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 [doit l'emporter] sur l'intérêt de la coopération internationale* »⁷³. Comme en témoigne l'affaire *Michaud contre France*, un tel renversement de la présomption de conformité à la Convention n'est pas qu'une hypothèse d'école, elle montre combien la combinaison des techniques de l'interprétation conforme, de l'acte clair et de l'équivalence des protections n'est pas toujours aisée⁷⁴.

69. V. art. 53 de la Convention EDH : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* » ; art. 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, 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* ». En outre, voir l'art. 52 § 3 de la Charte : « *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* ».

70. Le juge administratif met lui-même en œuvre, dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité, des mécanismes similaires de présomption de conformité dans le domaine du droit d'asile : voir CE, ord. 29 août 2013, *Xhafer Gashi*, n° 371572 ; CE, Ass., 13 novembre 2013, *Cimade et Oumarov*, n° 349735 et 349736.

71. V. en ce qui concerne une décision de renvoi vers la Grèce : CEDH, Grande chambre, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, §358 ; en ce qui concerne une décision de renvoi vers l'Italie : CEDH, Grande chambre, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12, §120-122.

72. Ce qui n'est pas toujours le cas : selon la Cour de justice, seules des « *défaillances systémiques* » peuvent justifier de ne pas procéder à un transfert « Dublin » : voir sur ce point CJUE 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, §85.

73. CEDH 6 mars 2013, *Michaud c. France*, n° 12323/11, §103.

74. *Ibid.*, §115.





C. En troisième lieu, à l'échelle de l'Union européenne, l'effort **d'intégration** doit être renforcé avec l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

En s'étendant au champ d'application du droit de l'Union, le champ d'application de la Charte, tel qu'interprété par la Cour de justice⁷⁵, vient coïncider, sauf exception⁷⁶, avec celui des principes généraux du droit de l'Union et, ce faisant, il rencontre directement et parfois frontalement les droits protégés par d'autres traités, mais aussi les garanties constitutionnelles des États membres. Dans ces conditions, les risques de divergence et de dysharmonie entre le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme se sont ainsi intensifiés, la Cour de justice n'hésitant pas à retenir une conception autonome des principes protégés par ces deux traités. L'arrêt *Åkerberg Fransson* en est une illustration remarquable : si les cours de Luxembourg et de Strasbourg utilisent les mêmes critères pour apprécier le caractère pénal d'une sanction fiscale, la première, se démarquant de manière assumée de la seconde⁷⁷, conditionne l'application du principe *non bis in idem*, tel qu'énoncé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, à ce que « *les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives* »⁷⁸. En outre, la co-application du droit de l'Union et des garanties constitutionnelles des États membres a été strictement encadrée par la décision *Melloni*⁷⁹ rendue le même jour par la Cour de justice.

Ainsi, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, la Cour de justice estime que s'« *il reste loisible aux autorités et juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux* », c'est à la double condition cumulative que « *cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »⁸⁰. Lorsque cette dernière condition n'est pas satisfaite, le standard national, fût-il le plus protecteur, fût-il constitutionnel, doit être écarté.

La défense d'un ordre juridique européen *autonome* est ainsi susceptible de générer des frictions nouvelles dans les États membres comme au niveau du Conseil de l'Europe, alors que la perspective d'une adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme apparaît moins évidente, pour ne pas dire incertaine, à la suite de l'avis rendu par la Cour de justice en décembre dernier⁸¹.

75. V. l'interprétation extensive retenue par la Cour de justice par son arrêt CJUE, Grande chambre, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10.

76. V. en ce qui concerne le champ d'application de l'article 41 de la Charte : CJUE 17 juillet 2014, *YS*, C-141/12, § 67 ; le droit d'être entendu, consacré par cet article, fait cependant « *partie intégrante du respect des droits de la défense, principe général du droit de l'Union* » : voir sur ce point CJUE 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega*, C-166/13, § 45 ; CJUE 11 décembre 2014, *Khaled Boudjlida*, C-249/13, § 34.

77. V. sur ce point V. Skouris, « *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne* : les arrêts *Melloni* et *Åkerberg Fransson* », *Dir. Un. Eur.*, fasc. 2, 2013, p. 229.

78. CJUE, Grande chambre, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 36.

79. CJUE, Grande Chambre, 26 février 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11.

80. *Ibid.*, § 60. V. également, l'*obiter dictum* de l'arrêt *Åkerberg Fransson* du même jour : CJUE, Grande chambre, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 29.

81. CJUE, Assemblée plénière, 18 décembre 2014, avis 2/13 ; voir sur ce point, H. Labayle et F. Sudre, « *L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des*





L'histoire des rapports entre ordres juridiques pourrait s'écrire à la manière des chroniques de guerre : « on rappellerait la succession des batailles et, pour chacune d'elles, la nature et la disposition des forces engagées (...), la tactique de chaque parti et l'emploi par lui du feu et du mouvement »⁸². Si l'on succombait à cette tentation, il ne serait pas certain que nous progressions dans la compréhension et la régulation du droit globalisé : nous serions comme le héros de Stendhal, Fabrice del Dongo, sur le champ de bataille de Waterloo, subissant l'épreuve du feu, sans y rien comprendre et comme étranger à l'Histoire dont il est le témoin⁸³. Le point de vue, ordonné et épique, que Victor Hugo développe toujours sur Waterloo dans *Les Misérables*⁸⁴, nous serait hors de portée. Tout au plus pourrions-nous, comme Chateaubriand dans *Les Mémoires d'outre-tombe*, percevoir les lointains échos de cette bataille et nous abîmer dans nos pensées sur l'arrêt des destinées⁸⁵.

Nous devons cependant nous garder, même en cette année du bicentenaire d'une bataille funeste, au moins pour nous Français, de cette tentation et de ces échappées dans des chroniques de guerre, qui seraient des impasses. S'il faut prendre au sérieux les rivalités, les affrontements, voire les aspirations quasi-conquérantes de certains systèmes ou ordres juridiques – je pense en particulier aux effets extraterritoriaux de certaines lois nationales –, il est pour autant nécessaire de ne pas s'enfermer dans une posture insulaire et non coopérative, qui serait inefficace et nécessairement perdante. Il faut au contraire résolument s'inscrire dans une démarche de souveraineté partagée, qui préserve à la fois la diversité juridique et le cœur des identités constitutionnelles nationales ainsi que les chances d'une coopération harmonieuse entre ordres juridiques.

Je ne doute pas que le présent colloque permette d'établir des diagnostics utiles, d'ouvrir des perspectives et d'envisager des solutions pragmatiques. Dans cet effort, puissent notre pays et notre système juridictionnel, du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation en passant par le Conseil d'État, s'exprimer d'une seule voix et rechercher la combinaison harmonieuse des ordres juridiques au service de l'État de droit, d'une souveraineté refondée mais préservée et du projet européen.

droits de l'Homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, p. 3.

82. G. Vedel (1910-2002), « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, 2, 1981.

83. M.-H. Beyle dit Stendhal (1783-1842), *La Chartreuse de Parme*, chapitre III.

84. V. Hugo (1802-1885), *Les Misérables*, 2^e partie, livre 1, chapitre 9, « Waterloo ».

85. F.-R. de Chateaubriand (1768-1848), *Mémoires d'outre-tombe*, 3^e partie, livre 23, chap. 16, « Bataille de Waterloo ».





Bertrand Louvel

Premier président de la Cour de cassation

Docteur en droit privé, Bertrand Louvel entre dans la magistrature en 1978 après avoir été assistant à la faculté de droit de Caen et du Mans. Il débute sa carrière comme juge d'instance à Menton puis au Mans avant d'exercer les fonctions de maître de conférences à l'École nationale de la magistrature en 1985-86. Entre 1986 et 2002, Bertrand Louvel est successivement président des tribunaux de grande instance d'Aurillac, de Pointe-à-Pitre, de Nevers et de Brest. En 2002, il devient premier président de la cour d'appel de Limoges, puis de la cour d'appel de Bordeaux en 2007. Nommé à la Cour de cassation en 2009, il exerce les fonctions de président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport avant de devenir président de la chambre criminelle. Bertrand Louvel a été nommé premier président de la Cour de cassation en juillet 2014.

Monsieur le vice-président,
Monsieur le procureur général,
Mesdames et Messieurs les présidents,
Mes chers collègues,
Mesdames, Messieurs,

On aurait sans doute tort de recevoir dans un sens négatif la question posée par le thème de notre colloque.

Dans une telle acception, l'ordre juridique national en prise, autrement dit en harmonie, avec le droit européen et international deviendrait au contraire l'ordre juridique national aux prises, en conflit, avec lui. Au lieu des questions de souveraineté au pluriel que pose l'harmonisation, serait en cause celle d'une souveraineté au singulier compromise par le droit européen et international.

Or, cette question de la souveraineté nationale est dépassée au stade où nous nous situons puisque, par définition, les limitations apportées résultant des instruments internationaux ont été consenties.

Il s'agit désormais bien davantage d'être en prise avec le droit européen et international, dont il nous appartient d'assurer l'application loyale.

Quel peut être alors le domaine subsistant de l'interrogation au pluriel : « *questions de souveraineté* ? ».

Cet intitulé évoque entre autre la problématique de la souveraineté juridictionnelle de nos Cours suprêmes dans l'application de la norme internationale.

En écho à la mondialisation économique et sociale, à la circulation croissante des personnes, des biens et des idées, c'est en effet à une internationalisation du droit que nous assistons, sur fond d'harmonisation des législations comme des pratiques juridiques et judiciaires.





Approche commune de phénomènes transnationaux, définition de standards partagés touchant au fond du droit ainsi qu'à sa mise en œuvre juridictionnelle : l'époque contemporaine nous convie au dépassement d'une logique de confrontation des systèmes pour œuvrer de concert, en toutes matières et en tous lieux, à une cohérence plus forte du droit.

L'application loyale du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique ainsi une coopération des Cours européennes et des juridictions suprêmes des États en vue de parvenir à des interprétations communes, sans lesquelles le but de la démarche, consistant à être en prise avec la norme, risque d'être manqué.

C'est sur ce modèle que doit être aussi recherché par nos deux instances le degré d'autolimitation de leur souveraineté.

En fait, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont déjà expérimenté cette démarche de rapprochement qui ne requiert aucune limitation préalable de souveraineté de part et d'autre, tout en permettant à chacun volontairement et librement de délimiter sa souveraineté grâce à la rencontre des raisonnements ou à l'adhésion du raisonnement de l'un à celui de l'autre par la force de conviction qu'il inspire. Cette forme de limitation consentie a fait ses preuves dans les relations du Conseil d'État avec la chambre sociale de la Cour de cassation, sources de substantielles harmonisations. Voilà qui nous sert actuellement de pilote pour la mise en place d'échanges généralisés intéressant toutes les chambres et sections de nos deux juridictions, ainsi que leurs services de documentation.

C'est sur ce modèle également que la Cour de cassation a convenu avec la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) de créer des structures de partage pérennes permettant de mieux appréhender et diffuser l'information sur leurs démarches respectives.

La Cour de Strasbourg y a intérêt de façon à parfaire sa connaissance des institutions, des traditions et des cultures étatiques, afin que sa jurisprudence soit mieux accueillie par les États. Nous avons aussi tout à y gagner pour donner pleinement son sens au principe de subsidiarité par une meilleure appréhension des approches de la CEDH sur les thématiques que nous avons en commun.

Dans le même esprit, il a été décidé de structurer à l'horizontale un réseau de relations entre Cours suprêmes du Conseil de l'Europe de sorte que puissent être dégagées ensemble des réponses convergentes aux grandes problématiques posées par la Convention.

Grâce à la dynamique résultant de ces rapprochements de souverainetés juridictionnelles, peut se développer une application plus harmonisée et cohérente du droit des libertés fondamentales à travers les États du Conseil de l'Europe.

C'est par ailleurs au niveau de l'Europe des vingt-huit que peut aussi être recherchée une plus grande synergie à la fois verticale entre nos Cours et la Cour de justice, et horizontale entre les juridictions suprêmes des États de l'Union.





Tel est le sens de la démarche entreprise par la Cour de cassation en direction de celle de Luxembourg de façon à expliquer les positions de la jurisprudence judiciaire en enrichissant la présentation des points de vue offerts par notre Cour comme par les juridictions du fond. Là encore, du rapprochement des conceptions des uns et des autres, pourront résulter des décisions plus aisément conciliables, mieux comprises, davantage accessibles et intelligibles dans l'ensemble qu'elles forment pour le citoyen européen.

Mais la perspective internationale des Cours suprêmes ne se limite pas à l'Europe.

Le nombre et le périmètre des textes internationaux sont à la mesure de l'expansion en cours des échanges d'idées, de personnes, de biens et de capitaux. L'accélération vertigineuse marquée par les techniques de communication matérielles et immatérielles donne au concept de justiciable international une dimension sans rapport avec les expériences du passé.

La facilité de déplacement des individus et des entreprises d'un bout à l'autre du monde est génératrice de litiges nouveaux de tous ordres et crée une demande de justice qui ne peut pas être satisfaite par les seules réponses classiques du droit international privé.

Le justiciable citoyen du monde attend désormais que, partout où il est confronté à un différend, il rencontre des juges parlant un même langage et appliquant un droit aussi constant et uniformisé que possible.

C'est pourquoi le devoir des Cours suprêmes nationales est de connaître mutuellement leurs jurisprudences faisant application de normes communes de plus en plus nombreuses en matière de responsabilité, de relations du travail, de mouvements de capitaux, d'environnement, de propriété.

Leur devoir est, une fois cette connaissance acquise, d'échanger sur les mérites et inconvénients respectifs des solutions apportées par les uns et les autres pour que, dans le respect de la souveraineté de tous, puissent être dégagées les voies d'un rapprochement consenti à partir de raisonnements et d'intérêts partagés.

C'est en se mettant ainsi en prise avec les solutions fournies par nos partenaires que nous pourrons mieux orienter l'expression de notre souveraineté, et prévenir efficacement l'insécurité juridique génératrice de phénomènes de contournement, tels que les règlements alternatifs des litiges internationaux ou encore l'impérialisme des règles de compétence.

La Cour de cassation s'est, à ce titre, engagée dans un programme de relations avec ses homologues étrangères centré sur l'examen comparé des jurisprudences.

La Cour suprême de Chine a accepté cette démarche que j'irai sceller à Pékin en juin 2015 par un accord de coopération.

Nous avons sollicité dans le même sens l'Inde et le Brésil qui réservent à notre proposition le meilleur accueil dans le cadre des discussions nous unissant actuellement.





Enfin, je souhaite tout spécialement insister sur le thème du terrorisme, exemplaire à cet égard.

Les Cours suprêmes francophones se sont réunies à Dakar en novembre dernier et ont décidé d'un programme de rapprochement de leurs jurisprudences en ce domaine.

À La Valette, en janvier 2015, lors d'une réunion des juridictions suprêmes méditerranéennes, l'Organisation des Nations unies les a reconnues comme le niveau pertinent de définition des critères communs de lutte contre le terrorisme et de défense des droits de l'homme.

Un magistrat est, à la Cour de cassation, spécialement affecté au suivi de ce programme en liaison avec des référents établis dans les autres instances suprêmes concernées.

En résumé, des lignes directrices nouvelles se dessinent pour nos Cours suprêmes en matière de relations internationales.

Le juridictionnel s'approprie désormais le diplomatique dans le champ d'action qui le concerne, parce que la vie judiciaire internationale a adopté un rythme qui nous impose une prise directe sur les réalités accélérées de l'évolution du monde.

Loin de méconnaître le contenu et l'expression traditionnels de la souveraineté nationale, cette démarche peut au contraire s'y intégrer et se conjuguer avec elle dans la mesure où l'action en direction des autres Cours suprêmes est conduite en lien et en harmonie avec les responsables ministériels des affaires étrangères.

Et c'est l'occasion de nous féliciter des contacts étroits et permanents qui se sont établis entre la Cour de cassation et la diplomatie française.

La deuxième condition de l'harmonie est l'unité de marche des juridictions suprêmes nationales à l'égard de leurs homologues et partenaires internationaux.

Là encore, réjouissons-nous de l'établissement entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, mais aussi avec le Conseil constitutionnel, des modalités d'une concertation qui permettent à tous d'être mutuellement informés de ce que les uns et les autres entreprennent, en particulier dans le domaine international, favorisant ainsi une cohésion dans l'expression juridictionnelle de la France.

C'est dire si l'actualité de nos Cours est en prise directe avec le thème de ce colloque dont nous attendons beaucoup, et auquel je suis heureux de souhaiter un plein succès.



Jean-Claude Marin

Procureur général près la Cour de cassation

Nommé en 1977 substitut puis premier substitut près le tribunal de grande instance de Pontoise, Jean-Claude Marin a ensuite occupé les fonctions de chef du service juridique et de secrétaire général de la commission des marchés à terme de marchandises, de 1985 à février 1988. Premier substitut puis chef de la section financière du parquet de tribunal de grande instance de Paris, il est devenu, en janvier 1995, procureur de la République adjoint en charge de la division économique et financière et a contribué à la création du pôle financier auprès de cette juridiction. Nommé le 2 mai 2001 avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, puis directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice en août 2002, il devient procureur de la République de Paris de 2004 à 2011, avant d'occuper les fonctions de procureur général près la Cour de cassation depuis le 16 septembre 2011. Président de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du Parquet, procureur général en charge du ministère public près la Cour de justice de la République et vice-président du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature, Jean-Claude Marin est par ailleurs président du conseil d'administration de l'Établissement public du Palais de justice de Paris et membre du conseil d'administration de l'Agence publique pour l'immobilier de la justice. Ancien professeur associé à l'université de Paris-Dauphine, Jean-Claude Marin est chargé de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris.

Voilà maintenant plus de trois ans que le Conseil d'État et la Cour de cassation œuvrent ensemble à la préparation et à l'organisation de colloques de haut niveau sur des thèmes juridiques d'actualité. Ces manifestations connaissent un fort succès et la communauté du droit, qui a pris l'habitude de ces temps forts, est dans l'attente de ce que l'on nomme déjà « les rencontres communes des deux Cours suprêmes ».

En vérité, ces rencontres n'ont rien de commun. Elles se distinguent par leur excellence scientifique, la richesse des débats nés de l'étude en miroir des lignes de jurisprudences administrative et judiciaire et, ce qui est moins su, par des prolongements féconds entre les deux institutions.

Ce troisième colloque qui nous réunit aujourd'hui, plus encore que les précédents, marque un nouveau temps fort. Le regard croisé se déporte hors du champ hexagonal et se tourne vers l'environnement juridique international. Je veux saluer ici la présence de juges internationaux et de membres de Cours suprêmes, parmi les plus éminents, qui ont très simplement accepté d'entrer dans le jeu de la confrontation et de la discussion qui sont les marqueurs forts de nos événements.

La doctrine internationaliste, également hautement représentée, apportera l'esprit de dispute cher à l'université. Je sais que la critique est vive lorsqu'il s'agit d'aborder les questions de souveraineté étatique, puisque tel est le thème de cette journée.





Mais de quelle souveraineté parle-t-on ? La souveraineté étatique théorisée par Jean Bodin a vécu. La souveraineté moderne, bousculée par les derniers conflits mondiaux, restitue l'indépendance des États dans un monde globalisé, dominé par le droit et marqué par l'union de peuples dans la promotion de valeurs universelles. C'est dans cet esprit qu'il faut comprendre la question posée par l'intitulé de notre colloque : « l'ordre juridique national *en prise* avec le droit international et européen ».

Cet ordre perdrait-il son autonomie au point que se pose la question de sa souveraineté ? Doit-on sous-entendre une soumission, un renoncement fataliste ou au contraire une adhésion au droit international ? Nous éviterons le piège facile d'une présentation antagonique entre ordre interne et droit international en rivalité. Il ne s'agit pas davantage de suggérer, dans une vision Kelsenienne, la subordination du premier au second.

Le thème d'étude de notre journée porte une autre orientation scientifique. Le fait est que la souveraineté n'est plus l'apanage des États qui en partagent l'exercice avec des organisations internationales dans des systèmes intégrés ou non. Le fait est également que l'ordre juridique de ces États se trouve modifié par l'effet des conventions internationales et que cet ordre menace parfois de plier sous la charge impérative d'une loi étrangère qui revendique son application extraterritoriale.

Dans ce mouvement de dissolution de la souveraineté, les théories de Grotius⁸⁶ et les anciens concepts Westphaliens⁸⁷ sont mis à l'épreuve. Bien naturellement, le droit des gens, la coutume internationale, la courtoisie internationale et l'égalité des États servent toujours de cadre à l'affirmation de principes généraux de droit international comme ils continuent de guider les rapports des États et la résolution de conflits interétatiques ou transnationaux. Mais ces concepts sont percutés par des faits internationaux nouveaux. Quatre exemples suffiront.

- Autrefois enclins à opposer leur propre conception de l'ordre public à la réception d'une situation étrangère, les États voient désormais cette notion d'ordre public se nourrir de normes internationales supérieures, spécialement dans le domaine des droits fondamentaux, normes supérieures elles-mêmes garanties dans des sources disparates.
- De même, se déploient de nouvelles figures de souveraineté et d'entités revendiquant des attributs étatiques dont il faut préciser le statut. Le droit des immunités étatiques connaît, en parallèle, une spectaculaire évolution à la faveur de l'implication grandissante des États dans le commerce international.
- Jadis utopie, le droit international impératif devient une règle positive sanctionnée dans l'ordre interne lorsqu'est en cause la violation de principes universels touchant aux droits de l'homme.
- Enfin, les États ou leurs émanations en litige sont invités à s'extraire de la compétence des juridictions institutionnelles pour s'en remettre à des arbitrages inter-

86. H. de Groot dit Grotius (1583-1645).

87. Les trois traités de Westphalie ont été signés en 1648.



nationaux, ce qui est au cœur de négociations importantes entre l'Union européenne et les États-Unis en ce moment.

Dans cette nouvelle cartographie, il n'y a plus vraiment de frontières juridiques mais une multiplicité de points de contacts entre ordre interne et droit international. Celui-ci se diffuse dans les ordres nationaux par le biais de conventions, de systèmes juridiques intégrés, d'actes internationaux et de décisions de justice internationales dotées d'une autorité de chose jugée reconnue. L'enjeu de notre journée est donc bien de faire émerger cette porosité de nos systèmes juridiques au droit international, non pour le déplorer mais pour mieux en souligner les effets. Pour ma part, j'évoquerai deux de ces effets.

Premier effet : cette porosité conduit à un enrichissement mutuel de l'ordre interne et du droit international. Je veux voir dans ces échanges une osmose fortifiante entre des concepts nationaux et des principes généraux du droit international ou européen. Ainsi, l'interprétation dite « *authentique* » des cours internationales gardiennes des traités dynamise l'œuvre jurisprudentielle interne.

Les mêmes juges internes, sans être juges internationaux, peuvent aussi être enclins à faire évoluer l'application d'un principe général du droit international en se référant à d'autres normes. Je pense ici à la notion de *jus cogens* en cas de violation grave du droit international.

De même, au sein de l'Union européenne, le principe de subsidiarité et la marge d'appréciation offrent bien souvent à ces mêmes juges nationaux, les moyens d'une expression originale du droit européen pour desserrer les fers d'une interprétation trop rigide d'un principe général de droit international. La violation grave d'une norme fondamentale ou une fraude systémique ne pourraient-elles pas conduire le juge national à faire céder les principes de confiance et de reconnaissance mutuelle et n'est-ce pas l'idée qui sous-tend les derniers instruments communautaires – je pense ici à ceux concernant la coopération judiciaire pénale ? La question mérite d'être posée.

Ce faisant, il n'y a « *ni capitulation, ni rébellion* » des États⁸⁸ pour reprendre l'expression de Claire Landais, mais un ensemencement réciproque entre droit interne et droit international. Dans la construction d'un ordre européen intégré comme dans l'édification d'un ordre international idéalement désiré, juridictions internationales et Cours suprêmes internes concourent à la réalisation d'une entreprise commune par le biais d'un dialogue des juges institutionnalisé ou libre, comme aujourd'hui...

Les débats sur l'autorité de la chose interprétée des décisions de la Cour de Strasbourg, le contrôle de conventionnalité dynamique opéré par les juridictions internes – et vous savez que la Cour de cassation s'est pleinement engagée dans de vastes réflexions à ce sujet – comme les jurisprudences récentes prises par la cour sur le statut des États ou leurs immunités témoignent de ces échanges fructueux.

88. Claire Landais, « Ni capitulation ni rébellion : dialogue », *AJDA*, 2007 p. 136.





Second effet remarqué de cette porosité de l'ordre interne au droit international : l'efficacité et l'articulation des systèmes entre eux.

Chaque fois qu'une norme fondamentale est interrogée dans un litige, on sait bien que s'ensuit une cascade de questions et de contrôles préalables. Tous les juristes savent qu'un même principe fondamental se trouve garanti par des normes de rangs différents : constitution, convention européenne, charte des droits fondamentaux, normes internationales.

Les métaphores sont nombreuses pour tenter de restituer plus simplement l'articulation singulière de ces contrôles dits « *de fondamentale* » : QPC, questions préjudicielles et, demain, protocole n° 16 de la CEDH. On a pu parler de « *sablier normatif inversé* », de « *système de contrôle* » à plusieurs niveaux pour illustrer cet échec de règles et de jurisprudences, internes ou internationales⁸⁹.

En ce début de printemps, j'ose une autre image : celle du flocon de neige aussi insaisissable qu'instable. Partageant la forme fractale de ce flocon, ces mécanismes de contrôle de fondamentale s'emboîtent, forment des ensembles gigognes, miroitent de l'un à l'autre pour aboutir, jusqu'à présent – et c'est heureux – à un dessin identique.

Mais personne ne peut toutefois sous-estimer, l'instabilité potentielle posée par cet entrecroisement dans un contexte normatif foisonnant marqué par l'imbrication savante et les combinaisons sophistiquées des systèmes juridiques entre eux. L'esprit du juriste, même le plus subtil, reste parfois pantois devant tant de complexité qui, si l'on n'y prend pas garde, pourrait nuire à l'édification harmonieuse du droit international et éclipser la lisibilité de nos ordres juridiques.

Je laisse à chacun méditer cette belle réflexion d'Aldo, avant son escapade aventureuse, dans *Le Rivage des Syrtes* de Julien Gracq⁹⁰ : « *Mon pays et le vôtre font la preuve qu'il peut se créer entre les États, comme entre les individus, de bien singulières situations fausses* ». Il s'agit maintenant d'ouvrir le dialogue dans la vérité.

89. Y. Aguila, Mission de recherche Droit et Justice. Lettre « Recherche Droit & Justice » n° 30, 2008.

90. L. Poirier dit J. Gracq (1910-2007), *Le Rivage des Syrtes*, Paris, 1951, éd. José Corti.



Première table ronde

Souveraineté et globalisation

Sommaire

Présentation des intervenants	31
Problématique	33
Actes.....	35
Échanges avec la salle	55







Présentation des intervenants

Président

Alain Pellet

Professeur émérite de l'université de Paris Ouest Nanterre La défense

Diplômé de l'Institut d'Études politiques de Paris, titulaire d'un DES de droit public et d'un DES de sciences politiques, docteur en droit public et agrégé de droit public et de sciences politiques, Alain Pellet est professeur (émérite depuis 2014) de droit international public à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense, où il a dirigé le centre de droit international de Nanterre (CEDIN) entre 1991 et 2001. Il a également enseigné à Sciences Po (1970-1999), aux universités de Paris Nord, Paris V et Paris II, ainsi qu'à l'ENA. De 1990 à 2011, Alain Pellet a été membre de la Commission du droit international des Nations Unies qu'il a présidée en 1997 ; il a été conseil et avocat de nombreux gouvernements, dont le Gouvernement français, devant la Cour internationale de Justice et le Tribunal international du droit de la mer. Il a participé à divers arbitrages en tant qu'arbitre, conseil et avocat, et a effectué de nombreuses consultations juridiques en droit international à la demande de gouvernements étrangers, d'administrations, d'organismes publics ou parapublics et de sociétés privées. Il préside la Société française pour le droit international. Il est l'auteur ou le co-auteur de nombreux ouvrages et articles, notamment *Le droit international entre souveraineté et communauté*, publié en 2014 et le traité de *Droit international public* publié avec P. Daillier et M. Forteau (9^e éd. à paraître en 2015). Il a codirigé (avec A. Miron) les *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* qui vient de paraître.

Intervenants

Stephen Breyer

Juge à la Cour suprême des États-Unis

Stephen Breyer, born in San Francisco in 1938, is a graduate of Stanford, Oxford, and Harvard Law School. He taught law for many years as a professor at Harvard Law School and at the Kennedy School of Government. He has also worked as a Supreme Court law clerk (for Justice Arthur Goldberg), a Justice Department lawyer (antitrust division), an Assistant Watergate Special Prosecutor, and Chief Counsel of the Senate Judiciary Committee. In 1980 he was appointed to the United States Court of Appeals for the First Circuit by President Carter, becoming Chief Judge in 1990. In 1994 he was appointed a Supreme Court Justice by President Clinton. He has written many books and articles about administrative law and economic regulation, and among them most recently : *Active Liberty : Interpreting Our Democratic Constitution* (2006) ; *Making Democracy Work : A Judge's View* (2011) ; and *The Court and the World : American Law and the New Global Realities*, paru également en français sous le titre : *La Cour suprême, le droit américain et le monde* (éd. Odile Jacob, Paris, 2015).





Catherine Kessedjian

Professeuse à l'université de Paris 2 Panthéon-Assas

Catherine Kessedjian est directeur adjoint du Collège européen de Paris à l'université Panthéon-Assas Paris II, où elle enseigne le droit européen des affaires, le droit du contentieux privé international et l'arbitrage. Elle y dirige le *LLM in European Law*. Elle préside la branche française de l'*International Law Association*. Elle est régulièrement invitée à enseigner au sein d'universités étrangères. Depuis 2004, elle est *Hauser Global Professor* à la *New York University School of Law*. Elle agit en qualité d'arbitre dans un certain nombre de litiges internationaux sous l'égide des grandes institutions de règlement des différends ou de manière *ad hoc*. Elle agit également en qualité de médiateur. Avant de rejoindre l'université Panthéon-Assas, elle était secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de droit international privé (1996-2000), en détachement de l'université de Bourgogne, France. Au sein de la Conférence de La Haye, elle était chargée de la préparation et du suivi des négociations d'une convention à vocation mondiale sur la compétence juridictionnelle et les jugements étrangers. Elle a été avocat au Barreau de Paris de 1982 à fin 1998.

Koen Lenaerts

Président de la Cour de justice de l'Union européenne

Licencié et docteur en droit de l'université catholique de Louvain, Koen Lenaerts est également titulaire d'un *Master of Laws* et d'un *Master in Public Administration* de l'université de Harvard. Après avoir été assistant puis professeur de droit européen à l'université catholique de Louvain, Koen Lenaerts a exercé les fonctions de référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes (1984-1985). Il a par ailleurs été professeur au Collège d'Europe à Bruges (1984-1989) et *visiting professor* à la *Law School* de l'université de Harvard (1989), ainsi qu'avocat au barreau de Bruxelles (1986-1989). Koen Lenaerts a été juge au Tribunal de première instance du 25 septembre 1989 au 6 octobre 2003. Il est juge à la Cour de justice depuis le 7 octobre 2003. Vice-président de la Cour de justice du 9 octobre 2012 au 7 octobre 2015, il est actuellement le président de cette institution de l'Union européenne.

Andreas Paulus

Juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

Depuis 2006, Andreas L. Paulus est professeur de droit public et de droit international à l'université de Göttingen et, depuis 2010, juge à la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Rapporteur à la première chambre, qui traite des droits fondamentaux, il est chargé, entre autres, des domaines du droit d'auteur, de la liberté d'expression artistique, et du droit fiscal. Il a obtenu en 2000 le titre de docteur en droit à l'université de Munich et en 2006 le titre de *privat-docent*. En 2014, il a enseigné les relations entre divers systèmes de droit à l'université Panthéon-Assas à Paris et à l'académie de droit constitutionnel à Tunis. M. Paulus a été conseil de l'Allemagne dans deux affaires à la Cour internationale de justice. Ses publications traitent notamment de la théorie du droit public international, du droit des Nations Unies, du droit pénal international et du droit constitutionnel. En outre, M. Paulus est coéditeur du commentaire principal anglais de la Charte des Nations Unies (Oxford UP, 2012).





Problématique de la première table ronde

Cette table ronde a pour objet de poser les premiers termes du débat sur la place et le rôle des Cours suprêmes dans un contexte de globalisation du droit et de mondialisation de l'économie. Il s'agira notamment de s'interroger sur l'émergence d'un ordre juridique « postmoderne », en particulier dans l'Europe du XX^e siècle.

La globalisation du droit se manifeste en effet par le développement d'un « droit transfrontière » où les normes d'origine non nationales font irruption dans les ordres juridiques internes. Une telle irruption pose la question des interactions normatives. Toutefois, force est de constater que la globalisation n'aboutit ni à la disparition de la souveraineté qui fonde encore les ordres juridiques même non-étatiques, ainsi que les « rapports de systèmes », ni ne remet en cause à ce jour le monopole étatique de la contrainte.

À partir d'exemples sur l'application de la loi *antitrust*, sur les droits d'auteur et sur l'*Alien Tort Statute*⁹¹, sera décrite, dans un premier temps, la manière dont la Cour suprême américaine tient compte des pratiques juridiques et non-juridiques d'autres États, et favorise la coopération juridique internationale. L'utilisation du concept de *courtoisie* (en anglais, « *comity* ») lui permet ainsi d'éviter les affrontements entre les lois de différents pays et la conduit à rechercher une harmonisation entre les systèmes juridiques.

Cette recherche de voies négociées dans la résolution de litiges à dimension internationale explique aussi le développement de l'arbitrage international. Plus généralement, il est intéressant de s'interroger sur la place laissée à l'État et aux Cours suprêmes dans le règlement des conflits. Ces questions seront abordées à partir des arrêts de la Cour de cassation dans l'affaire *Putrabali* (1^{ère} Civ., 29 juin 2007 n°05-18.053, Bull. 2007, I, n° 250 et n° 06-13.293 Bull. 2007, I, n° 251), et des négociations en cours sur un futur traité de libre-échange transatlantique entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne⁹².

L'articulation des ordres juridiques nationaux, européens et internationaux trouve également une illustration intéressante dans l'application de la procédure de renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne. Il sera ainsi rappelé qu'en raison de l'autonomie de l'ordre juridique européen, ni le droit national, ni le droit international, ni même le droit dérivé de l'Union ne sauraient priver

91. L'« *Alien Tort Statute* » (28 U.S.Code § 1350) ou « *Alien Tort Claims Act* » est une loi américaine qui autorise les victimes de graves violations de droits humains – quelle que soit leur nationalité et le lieu où ces crimes ont été commis – à demander des réparations devant les tribunaux des États-Unis, à condition que les accusés aient un lien avec les États-Unis. Dans le cas d'individus, il suffit par exemple qu'ils soient de passage sur sol américain au moment où la plainte est déposée. Dans le cas d'entreprises, il faut qu'elles aient leur siège ou une filiale aux États-Unis. Il doit être noté qu'au cours des vingt dernières années, plus de cent cinquante plaintes s'appuyant sur cette loi pour accuser des sociétés américaines et étrangères d'infractions commises dans une soixantaine de pays hors des États-Unis ont été déposées.

92. Il s'agit du très controversé projet de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (« *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* ») ou traité de libre-échange transatlantique (« *Transatlantic Free Trade Agreement (TAFTA)* ») qui prévoit la création d'une zone de libre échange (ou grand marché) transatlantique entre les États-Unis et l'Union européenne.





les juridictions des États membres de leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union et, de ce fait, de la faculté prévue à l'article 267 TFUE⁹³, voire le cas échéant de l'obligation de renvoi préjudiciel (cf. Avis 1/09, EU : C:2011:123, paragr. 80⁹⁴). Le système juridictionnel de l'Union repose sur une coopération étroite entre la Cour de justice et les juridictions nationales et un respect mutuel de leurs attributions. Afin d'établir un dialogue constructif, la question préjudicielle doit être *utile* à la juridiction de renvoi et avoir un contenu minimum pour la Cour de justice.

On observe que le dialogue entre les instances judiciaires internationales et européennes, d'une part, et les tribunaux nationaux, d'autre part, continue à se renforcer. L'avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de Justice de l'Union européenne sur le projet d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme⁹⁵ en constitue une illustration récente et ouvre des perspectives nouvelles.

93. « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais », (article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

94. « S'il est vrai que la Cour n'est pas investie d'une compétence pour se prononcer sur des recours directs entre particuliers en matière de brevets, cette compétence relevant des juridictions des États membres, ces derniers ne sauraient toutefois attribuer la compétence pour résoudre de tels litiges à une juridiction créée par un accord international, qui priverait lesdites juridictions de leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union, en tant que juges de « droit commun » de l'ordre juridique de l'Union, et, de ce fait, de la faculté prévue à l'article 267 TFUE, voire, le cas échéant, de l'obligation de renvoi préjudiciel, dans le domaine en question » (Avis 1/09, EU:C:2011:123, paragr. 80).

95. Avis de la Cour (assemblée plénière) du 18 décembre 2014 rendu en vertu de l'article 218, paragr. 11, TFUE, qui conclut que, eu égard aux problèmes identifiés, le projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH n'est pas compatible avec les dispositions du droit de l'Union (cf. avis ECLI:EU:C:2014:2454 et prise de position ECLI:EU:C:2014:2475).





Actes – Souveraineté et globalisation

Alain Pellet

Professeur émérite de l'université de Paris Ouest Nanterre La défense

Conscient de l'honneur qui m'est fait de présider cette séance et soucieux de préserver le plus de temps possible pour la discussion, j'irai droit au but et avancerai brièvement trois idées.

Il me semble en premier lieu que l'élément le plus important dans le titre de notre colloque tient... au point d'interrogation final. Les rapports entre le droit national et les droits externes (régionaux – on a un peu oublié le droit de Strasbourg peut-être ? – et international) sont-ils dominés par des (ou est-ce la) question(s) de souveraineté ?

Permettez-moi la réponse brutale d'un internationaliste ; elle est « oui » ! La division spatiale et politique du monde reste dominée par la forme étatique – et qui dit État, dit souveraineté. La souveraineté c'est l'État, et seul l'État est souverain (au regard du droit international en tout cas). Mais cela appelle deux précisions qui, à mes yeux, ne sont pas des nuances mais des explications à la brutalité de la réponse :

1) Contrairement à la conception erronée véhiculée par les écoles « souverainistes » ou « volontaristes » (celles qui voient dans la volonté de l'État le fondement du droit international), la souveraineté n'est pas une notion absolue donnant à l'État licence de faire n'importe quoi – ou tout ce qu'il veut – ; elle est la marque de sa soumission au droit international qui impose au moins un devoir fondamental à tout État : le respect de la souveraineté égale de tous les autres ; certes l'État n'a pas de supérieur (pas même l'Union européenne), mais il a des égaux ;

2) dire que l'ombre de la souveraineté plane sur les rapports entre le droit national et les droits externes ne signifie pas que, comme dans la conception hégélienne, seul l'État crée, ou même soit, le droit ; nous savons maintenant qu'il existe des droits non étatiques : le droit canon, la *lex mercatoria*, la *lex sportiva* ou la *lex electronica*, autant de *corporis juris* qui se développent et s'organisent en dehors de l'État voire « contre » lui ; mais ces droits ne s'en situent pas moins « par rapport à l'État » (donc à la souveraineté), ne fût-ce que pour la contourner. Et, comme tous les droits non étatiques (y compris le droit international public), ils ont besoin de l'État pour leur mise en œuvre ultime – comme l'évêque Cauchon avait besoin du bras séculier anglais pour brûler Jeanne d'Arc, les arbitres internationaux et même la Cour de Luxembourg ont besoin de l'autorité étatique lorsqu'il s'agit de passer de l'obligatoire – fût-il *judicatum* – à l'exécutoire.

En d'autres termes – réponse assez catégorique que je n'ai guère le temps ni d'expliquer davantage, ni de nuancer : la mondialisation et la « régionalisation supranationale » ont certainement entraîné, par la force des choses, des interactions normatives et rendu plus indispensable le fameux « dialogue des juges » sur lequel les participants à cette table ronde vont insister ; elle n'a pas, loin de là, entraîné





la mort de la souveraineté et, pour paraphraser la thèse de Louis Henkin, « *The Reports of the Death of [Sovereignty] are Greatly Exaggerated* »⁹⁶.

Cette résilience de la souveraineté explique d'ailleurs les limites que toutes les juridictions étatiques mettent à l'application des droits externes dans l'ordre juridique national. Et ceci est vrai même des Cours suprêmes de notre pays, inventeur et chantre du « *monisme constitutionnel* ». Moniste, il y est plus ouvert que d'autres à la réception et à l'application des normes d'origine externe ; mais ce monisme est, et ne peut être que, constitutionnel ; si bien que, selon des formules que chacun ici connaît bien : « *la suprématie (...) conférée aux engagements internationaux [par l'article 55 de la Constitution] ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* »⁹⁷. Et rien, pas même le principe de primauté du droit de l'Union européenne, « *ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution* »⁹⁸. Je vous renvoie à la décision, très scandaleuse aux yeux des internationalistes bon teint, de la Cour constitutionnelle italienne du 22 octobre 2014 qui refuse de donner effet à un arrêt de la Cour mondiale pour cause de supériorité de la Constitution ; ou même à la décision du 4 mai 2011 de la Cour constitutionnelle allemande – un bon élève de l'internationalisme pourtant – qui rappelle que la Convention européenne des droits de l'homme occupe un rang inférieur à la Loi fondamentale.

Certes, et fort heureusement, on cherche à éviter les incompatibilités en prônant l'interprétation conforme, les interactions normatives, la protection équivalente, le dialogue des juges, mais la réalité demeure : elle est celle de l'irréductible souveraineté.

Ceci n'est pourtant pas la fin de l'histoire car, pour leur part, les juges non nationaux, qui ne peuvent pourtant pas appeler la souveraineté à la rescousse, adoptent la même attitude « impérialiste ». La Cour de Justice de l'Union européenne proclame, selon la célèbre formule de l'arrêt *Costa c. Enel*, « *qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit* »⁹⁹ ou, plus récemment, dans l'avis du 18 décembre 2014 sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme que : « *l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union* »¹⁰⁰. Et la Cour mondiale n'est pas en reste : « *Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives* »¹⁰¹.

96. V. Louis Henkin, « *The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated* », *A.J.I.L.* 1971, pp. 544-548, en réponse à l'article de TH. Franck, « *Who Killed Article 2(4) ? Or changing Norms Governing the Use of Force by States* », *American Journal of International Law*, 64, 1970, 809ss.

97. CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, n° 200286, *Lebon* p. 368 (cl. Ch. Maugué) ; ou Cass. Ass. plénière, 2 juin 2000, *Fraisie*, n° 99-60274, *Bulletin* p. 813 (cl. L. Joinet).

98. CE, 30 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, n° 226514, *Lebon*, p. 260 (cl. P. Fombeur).

99. CJCE, aff. 6/64, EU:C:1964:66, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*.

100. CJUE, avis, 18 décembre 2014, avis 2113, par. 170.

101. CPIJ, arrêt du 25 mai 1926, Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, série A, II 0 7, p. 19.





Je pense qu'il n'y a pas lieu de s'indigner de ceci et que, en tout cas, il faut s'en accommoder : même si je penche plutôt du côté du dualisme (ou plus exactement du pluralisme des ordres juridiques), le problème n'est pas de savoir qui a « théoriquement raison », mais de constater que tout est affaire de perspective. Charbonnier est maître chez lui, et force est de constater que toute juridiction fait, *in fine* et légitimement, prévaloir la loi suprême de l'ordre juridique au sein duquel elle œuvre. Ni monisme, ni dualisme donc, mais « perspectivisme ».

Je serai encore plus bref sur mon troisième point. Mais j'y tiens, et surtout peut-être dans cette enceinte et devant cette audience sans doute acquise à la croisade française contre le *jus cogens*. Je le dis brutalement mais sincèrement et avec gravité : vu, en tout cas, par la lorgnette du droit international, ce sont des enfantillages ou des rodomontades à la sauce Astérix. Car si souveraineté absolue il y a eu, il n'est certainement plus acceptable – en admettant qu'il l'eût été dans le passé – de considérer que le concept occupe toute la scène juridique internationale. À côté, au-delà, de l'État souverain, il y a des notions fondatrices et explicatrices du droit international qui transcendent la juxtaposition des souverainetés et, progressivement – même si encore marginalement, les notions d'humanité et de communauté internationale ont commencé à produire des effets juridiques concrets dans le droit positif international. Et ce ne sont pas les discours français obstinés – mais qui sont heureusement aujourd'hui un peu assourdis – dans les enceintes internationales qui peuvent changer cet affleurement bienvenu.

Je trouve regrettable, pour ne pas dire affligeant, que les juridictions françaises soient encore si hésitantes pour consacrer cette notion ; même si je salue quelques frémissements récents (surtout, je dois dire, du côté de la Cour de cassation)¹⁰². Ce n'est pas là une bonne manière d'honorer la fière proclamation du préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle « [l]a République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Le *jus cogens*, les normes impératives du droit international général, sont le cœur, le noyau dur et humaniste du droit international ; il n'est pas digne de la République de le répudier.

Les orateurs s'exprimeront dans l'ordre suivant : le juge Breyer, suivi par le juge Paulus, nous présenteront les expériences nationales respectivement des États-Unis et de l'Allemagne. La professeure Kessedjian s'interrogera ensuite sur la place laissée à la souveraineté de l'État par l'arbitrage international, puis le président Lenaerts décrira le dialogue, qui va en se renforçant, entre le juge européen (celui de Luxembourg) et les juridictions des États membres.

Stephen Breyer

Juge à la Cour suprême des États-Unis

Merci pour votre invitation à laquelle j'ai été très sensible. Il me vient à l'esprit la phrase de Joachim du Bellay : « *Heureux qui comme Ulysse a fait un beau voyage* ». Car c'est toujours un beau voyage que de venir à Paris.

102. V. Crim., 13 mars 2001, n° 00-87.215, *Procureur général près la cour d'appel de Paris c. Association SOS Attentats et autres* ; Civ. 1, 9 mars 2011, n° 09-14.743, *La Réunion aérienne, Groupement d'intérêt économique et autres c. Jamahiriya arabe libyenne, populaire et socialiste* ; Crim. 19 mars 2013, *Mme Lydienne X*, n° 12-81.676, *Bull. crim.* n° 65, p. 123 ; V. aussi concis. J. Boucher, sur *CE Ass.*, 23 déc. 2011.





Le général de Gaulle a dit un jour que l'Angleterre est une île, l'Europe est une péninsule, mais l'Amérique est un au-delà. Cependant ma thèse consiste à démontrer que les États-Unis ne sont pas si *au-delà* que vous le pensez. La vraie thèse est la suivante : cette distinction claire et nette que vous avez décrite, M. le président, entre le droit international et le droit national s'estompe dans la pratique, en particulier aux États-Unis.

Je prendrai cinq exemples, tous issus d'affaires jugées par la Cour suprême, qui témoignent de ce phénomène d'amoindrissement des frontières juridiques nationales et internationales. La métaphore du vice-président Sauvé était d'ailleurs parfaite pour l'illustrer. Je suis *Fabrice del Dongo* – un de mes héros – et je me suis perdu dans Waterloo ; je ne sais pas ce qui va se passer, mais je suis là, comme juge. Et mes collègues sont peut-être dans la même situation.

1. - Dans une affaire de droit d'auteur, un jeune étudiant thaïlandais vient étudier aux États-Unis. Il découvre que les ouvrages de son programme sont meilleur marché en Thaïlande alors que ce sont exactement les mêmes livres ; cependant il est indiqué en anglais qu'il s'agit d'une édition asiatique interdite d'envoi aux États-Unis. Il demande néanmoins à ses parents de les lui envoyer pour qu'il puisse vendre aux États-Unis ces ouvrages meilleur marché. Après un certain temps, la maison d'édition intente une procédure contre lui.

La question de droit porte sur l'interprétation des mots suivants : « *le droit d'auteur en droit interne* ». Est-ce qu'après une première vente la maison d'édition peut encore contrôler les ventes ? Selon le droit d'auteur interne aux États-Unis, la réponse est non. Mais dans le cas où la vente a eu lieu en Thaïlande, que faire ?

Pour répondre à cette question, nous avons reçu des mémoires de plusieurs pays d'Europe, notamment d'Angleterre et de France, de grandes entreprises internationales et de personnes partout dans le monde. Pourquoi ? Parce que le droit d'auteur ne concerne pas seulement les livres, les films ou la musique ; c'est une étiquette accolée à n'importe quoi, chaque objet pouvant valoir des milliards d'euros ou de dollars. Tout ceci en raison du commerce international.

Dans ce cas précis, il nous a fallu être à l'écoute et non seulement prendre en compte la Convention de Berne¹⁰³, mais aussi comprendre le droit des autres pays : national, frontalier, régional, international, etc. Tout fait question et demande des réponses, car cela peut avoir des incidences commerciales qui se chiffrent en milliards de dollars.

2. - C'est la même approche que dans une affaire d'activités frauduleuses en matière financière, où nous avons réglé le litige en expliquant que le droit américain ne s'appliquait pas. D'ailleurs, dans ce cas précis, je crois que la vraie raison réside dans le changement de signification du terme technique de droit international : « *comity* » (courtoisie). Il y a vingt ou trente ans, le mot signifiait le fait de ne pas

103. La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (modifiée), est un traité diplomatique qui établit les fondements de leur protection internationale. Elle permet notamment à un auteur étranger de protéger ses droits à l'étranger, en l'absence de tout dépôt auprès d'un office de propriété industrielle, et de se prévaloir de la loi applicable dans le pays où il souhaite intervenir pour faire valoir ses droits.





faire ingérence dans les affaires des autres. Maintenant, en droit des affaires, il signifie quelque chose de différent : essayer d'entretenir une relation collaborative et harmonieuse avec les autorités qui sont chargées de mettre en vigueur des droits similaires de plusieurs pays, en Europe ou aux États-Unis.

3. - On observe ces changements également avec dans le domaine des droits de l'homme. Une loi aux États-Unis, « *Alien Tort Statute* » – expression difficile à traduire – régit la responsabilité des étrangers. D'après cette loi, un étranger aux États-Unis peut aller devant un tribunal américain pour réclamer des dommages et intérêts si quelqu'un lui a causé un préjudice. D'où vient cette loi ? Le grand juge Henry Friendly a dit que personne ne sait d'où elle vient, et personne ne sait où elle va. Son origine remonterait au XVIII^e siècle : l'ambassadeur français à Philadelphie avait un ennemi qui l'avait frappé pour le déshonorer. Il cherchait un recours mais ne trouvait rien. Alors le Congrès a promulgué cette loi afin qu'il puisse obtenir réparation.

4. - Mais cette loi s'appliquait également pour les pirates : n'importe où dans le monde, si l'on trouvait un pirate, on le pendait. Et si l'on trouvait de l'argent sur lui, on le donnait aux victimes. Mais qui sont les pirates aujourd'hui ? Madame Dolly Filartiga¹⁰⁴, ressortissante du Paraguay, a vu son frère enlevé au Paraguay par la police du dictateur Stroessner. Il a été torturé puis tué. Un peu plus tard, elle a retrouvé les tortionnaires de son frère à New-York. Elle a déposé plainte contre eux, et a bénéficié de dommages et intérêts. Ces tortionnaires sont les pirates d'aujourd'hui. Mais y en a-t-il d'autres ?

Pouvons-nous y inclure le cas de l'esclavage ? Certainement. Même si de très mauvaises conditions de travail ne constituent pas, à proprement parler, de l'esclavage, mais s'en rapprochent dangereusement. Mais qui va décider de ces questions ? Quelle institution ? Pour quel type d'ingérence ? Quelqu'un a porté devant le tribunal de San Francisco une affaire remontant à l'Apartheid en Afrique du Sud. Mais le Gouvernement sud-africain actuel l'a rejetée catégoriquement, arguant que d'autres moyens de résolution de conflit étaient prévus comme la Commission vérité et réconciliation¹⁰⁵. Les magistrats de San Francisco se sont donc déportés de l'affaire, se déclarant incompétents. Mais en avaient-ils le droit ? Difficile à dire.

On le voit, beaucoup de questions restent posées : questions d'ingérence, questions de généralisation, questions d'institutions, questions de limites, ou encore questions de sécurité et de libertés fondamentales.

5. – Dans tous les cas, il faut trouver un équilibre. Mais comment le réaliser ? Prenons les affaires liées au camp de Guantanamo. Je suis magistrat, pas général, et je ne connais pas grand-chose à l'art de la guerre. Mais toutes ces affaires devant la Cour suprême ont été jugées en faveur des personnes emprisonnées à Guantanamo. Le Gouvernement a perdu dans tous les cas. La juge assesseur de la Cour suprême des États-Unis, Sandra O'Connor, a écrit que la Constitution des États-Unis ne donne pas carte blanche au Gouvernement ou même au Président : « *The Constitution does not write a blank check* ». Mais les juges se voient adresser une

104. Référence à l'affaire de principe *Filartiga v. Pena-Irala* (1980) relative à la violation des droits de l'homme sous le « *Alien Tort Statute* ».

105. La Commission vérité et réconciliation a été créée, en Afrique du Sud, par une loi de juin 1995 (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act*).





question un peu embarrassante : « *si la Constitution ne donne pas carte blanche, quelle couleur de carte donne-t-elle ?* » (« *What kind of a check does it write ?* »). Et pour répondre à cette question, il faut connaître le domaine de la sécurité mais aussi des droits de l'homme. Où allons-nous trouver cette connaissance sans laquelle il n'y a pas de bon équilibre possible ? Sachant que la Constitution n'est pas un pistolet sur la tempe du Gouvernement. Mais en même temps il faut conserver un moyen de sauvegarder les droits de l'homme.

Vous avez en Europe un problème que nous, nous commençons à connaître. J'ai lu avec intérêt le professeur Sabino Cassese, grand expert italien sur les organisations internationales. Combien d'organisations en ce moment dans le monde ont-elles un pouvoir, non pas juridique mais en pratique, pour lier des personnes de plusieurs nations ? Environ deux mille, voire plus. Et combien de fonctionnaires internationaux travaillent-ils pour ces organisations ? Environ deux cent cinquante mille personnes !

Le problème qui va bientôt arriver aux États-Unis est la question de savoir si le Congrès peut déléguer à ces deux cent cinquante mille personnes le pouvoir de légiférer et/ou de faire des règlements. Si la réponse est non, nous ferons face à l'impossibilité de résoudre certains problèmes contemporains : environnementaux, sécuritaire, sanitaire, etc. Mais si la réponse est oui, *quid* de la Constitution qui donne au Congrès, et non pas à ces deux cent cinquante mille personnes, le pouvoir de légiférer ? C'est un problème de délégation que nous avons déjà connu dans les années 1930 avec certaines agences et que nous avons résolu. Mais aujourd'hui, il se pose avec les fonctionnaires internationaux et les groupes étrangers, alors que faire ? C'est exactement le même problème auquel ont été confrontées les institutions allemandes, italiennes, autrichiennes et même françaises face aux fonctionnaires européens.

Ce problème existe partout dans le monde. Ce n'est pas tant un problème de changement de droit qu'un problème de changement de monde. Et nous, les magistrats, y répondons par le concept concret de « *porosité* ». Nous regardons avec attention ce que font les uns et les autres, et considérons parfois leurs décisions comme des exemples à suivre.

Monsieur le vice-président, tel que vous l'avez suggéré : je suis comme Fabrice Del Dongo à Waterloo, je vois que quelque chose arrive, je ne sais pas exactement quoi, et je laisse filer.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense

À mon avis, le juge Breyer est moins dépassé par les événements que Fabrice del Dongo a Waterloo. On va revenir de cet *au-delà*, finalement pas si étranger que cela, à la vieille Europe, avec le juge Paulus.

Andreas Paulus

Juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

Je me réjouis de pouvoir discuter avec mes collègues de la Cour suprême des États-Unis, avec lesquels j'ai eu une discussion lointaine dans l'affaire *LaGrand*¹⁰⁶ lorsque

106. Cour internationale de justice, 27 juin 2001, *LaGrand* ; (Allemagne c. États-Unis d'Amérique).





J'ai commencé comme assistant plaçant devant la Cour internationale de justice (CIJ) ; tout comme je me réjouis de discuter avec M. le vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne à la fois de façon informelle, mais aussi formelle comme dans le cas de l'affaire *Hans Åkerberg Fransson*¹⁰⁷ ou au sujet des fichiers anti-terroristes. Il s'agit de relations très étroites avec un dialogue fécond aussi bien à travers notre fonction de juge qu'à travers les prononcés de nos jugements.

Ces instances formelles se multiplient : les cours et les tribunaux nationaux doivent engager un dialogue avec les juridictions internationales, avec la CIJ, avec la Cour de justice de l'Union européenne, avec la Cour européenne des droits de l'homme, mais également, du moins en Europe, avec les autres cours nationales. Je sais qu'il existe aux États-Unis une discussion sur la possibilité de citer les autres cours nationales, tandis qu'en Europe la question n'est pas soulevée. D'une certaine façon c'est aussi une question de *droit d'auteur*, car si l'on prend un argument d'une autre cour nationale, ce que font régulièrement les cours européennes et les cours nationales, il faut les citer correctement.

Ces discussions formelles et informelles démontrent aujourd'hui le pluralisme des ordres juridiques. Ce n'est pas seulement un monisme ou un dualisme, mais un pluralisme rendant les choses très compliquées car les distinctions ne sont pas si nettes. Il existe des pays monistes, comme la France – même si le droit international y est soumis à la Constitution au regard de ses effets directs dans l'ordre interne. Les États-Unis sont un État moniste au regard de l'article 6 de la Constitution mais, aujourd'hui, nous disons que c'est plutôt un État dualiste. Un État comme l'Allemagne, que l'on a appelé dualiste, n'est pourtant pas dualiste si l'on considère les principes généraux du droit international, le *jus cogens* et la coutume internationale. Dans ce cas précis, l'Allemagne est un État moniste en raison d'une disposition de la Constitution.

En théorie, c'est la Constitution qui détermine la place du droit international dans l'ordre juridique interne, et non pas un document international. Pour une cour nationale, le droit international s'apprécie donc à travers le prisme de la Constitution nationale, mais pas pour une cour internationale. En conséquence, les relations entre ces ordres juridiques sont compliquées. Considérons le droit international, d'une part, et le droit de l'Union européenne, d'autre part.

Le droit international est un ordre basé sur un traité international qui regarde aussi les autres ordres juridiques à travers le prisme de son propre droit. Pour le juge national, cela peut devenir vite difficile. L'article 103 de la Charte des Nations Unies énonce que les obligations de la Charte – y compris les résolutions du Conseil de sécurité – prévalent sur tout autre engagement international. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle précise clairement dans l'affaire *Kadi*¹⁰⁸ que les principes fondamentaux des traités européens priment sur les résolutions du Conseil de sécurité.

107. CJUE, aff. C617/10, 26 février 2013, *Hans Åkerberg Fransson*.

108. CJCE, Gde Ch., aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. 2008, p. I-6351, 3 sept 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* (Kadi I).





Qu'est-ce que cela implique ? La nécessité d'une interprétation harmonieuse entre les ordres juridiques. Nous devons essayer, au moyen de l'interprétation, de gérer ces affaires. La Cour européenne des droits de l'homme l'a bien montré dans l'affaire *Nada*¹⁰⁹. Cependant, il peut y avoir parfois une interprétation forcée pour livrer une feuille de route identique à l'ensemble des ordres juridiques. Peut-être est-il alors préférable d'avoir une interprétation forcée harmonieuse plutôt qu'une confrontation ouverte dissonante, car les cours sont au service du droit. En effet, il est difficile pour les particuliers et les entreprises d'avoir un droit international qui dit « A » et un droit national qui dit « B ». Or, nous n'avons pas de règles claires sur les relations entre ces différents types de droits, ce qui est très dangereux pour l'autorité judiciaire en général, car c'est le pouvoir exécutif et non le pouvoir judiciaire qui doit exécuter les décisions de justice. Même chose pour les particuliers qui doivent exécuter lesdites décisions, comme pour les cours internationales et européennes, et pour les cours nationales. Dans la pratique, s'il n'y a pas d'exécution, nous n'avons pas les moyens de l'imposer.

Ainsi ne peut-on gérer ce pluralisme que dans un esprit de respect réciproque. C'est ce que dit clairement le traité sur l'Union européenne qui précise notamment dans son article 4 que « *l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ».

J'en viens à l'affaire *LaGrand*¹¹⁰ entre les États-Unis et l'Allemagne. Je ne souhaite pas discuter de la Cour internationale de justice mais de l'approche des deux cours s'agissant de l'exécution de cet arrêt. L'exécution de cet arrêt n'était pas seulement difficile aux États-Unis mais l'était également en Allemagne pour la Cour suprême, qui est une cour régulière (par opposition par exemple à la Cour fédérale constitutionnelle qui est une cour extraordinaire). Dans les deux pays, les cours régulières ont donc eu beaucoup de mal à accepter cet arrêt de la Cour internationale de justice. Il y a des aspects communs et des aspects différents sur la façon dont toutes deux ont traité ce problème.

Les deux cours ont parlé de respect à l'égard de la CIJ et du respect pour une cour qui prononce des jugements sur des matières pour lesquelles elle est compétente avec le consentement des États en litige (cf. article 59 du statut de la CIJ¹¹¹). Or, il existe bien un consentement des États sur l'exercice de la jurisprudence de la Cour internationale. Qu'est-ce que cela signifie ? Qu'il faut au minimum en respecter la jurisprudence ; c'est ce que nous avons en commun. « *Respectful consideration* » est déjà un libellé de la déclaration d'indépendance des États-Unis. Toutes les déclarations d'indépendance sont toujours des déclarations qui précisent qu'il faut accepter l'opinion de l'humanité (« *opinions of mankind* ») ; participer volontairement à une Cour internationale implique de s'engager à en accepter les obligations concomitantes.

109. CEDH, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, req. n° 10593/08.

110. Cour internationale de justice, 27 juin 2001, *LaGrand* ; (Allemagne c. États-Unis d'Amérique).

111. « *La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.* »





Au sein de la Cour suprême des États-Unis, la majorité était d'avis qu'il n'était pas possible d'exécuter directement la décision de la CIJ parce qu'il y avait des principes constitutionnels ou de législation contraire. Cela ne signifiait pas qu'il n'était pas possible de modifier la législation américaine, mais c'était au congrès américain et non pas à une cour de le faire. Néanmoins, dans sa brillante opinion dissidente, le juge Breyer soutenait qu'il était possible d'exécuter directement ce jugement. Cela témoigne, au sein de la Cour suprême des États-Unis, de la difficulté de traiter ces décisions internationales. La Cour constitutionnelle allemande, quant à elle, a également parlé du respect pour la CIJ, du principe d'ouverture de la Constitution vers l'international, mais aussi du « *principe d'amabilité* » envers l'international. Amabilité ne veut pas dire exécution nécessairement automatique, mais plutôt exécution délibérée, limitée par la Constitution – pour citer le juge Breyer, « *a natural point of reference for national courts* »¹¹².

En Allemagne, les cours de droit commun, si elles veulent rejeter le prononcé d'une cour internationale, doivent expliquer dans leur raisonnement pourquoi l'exécution du jugement international serait contraire à la Constitution.¹¹³ Or que se passe-t-il en pratique ? Les juridictions de droit commun sont trop occupées pour raisonner contre une cour internationale ; ou alors elles n'ont jamais trouvé de divergences réelles entre le droit constitutionnel et le droit international ! Ainsi, jamais une cour nationale allemande n'a dit ouvertement qu'elle s'opposait à une décision d'une cour internationale. C'est une possibilité, mais qui est restée théorique à ce jour.

Pourtant, reprendre la décision d'une cour internationale ne signifie pas qu'il s'agit d'une exécution aveugle. Par exemple, concernant le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire sur les détentions de sûreté, la cour allemande a estimé qu'il fallait faire un effort de traduction dans l'ordre juridique national¹¹⁴. Cela ne consiste pas à faire une photocopie de la décision internationale, mais plutôt une traduction de la décision internationale dans l'ordre juridique interne. Les techniques, les libellés peuvent alors être différents. Par exemple, l'interdiction de rétroactivité des jugements dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est transformée en principe de confiance juridique dans l'ordre national allemand. C'est le rôle des cours nationales, notamment aussi envers l'Union européenne. Certes, il y a un effet direct et une primauté, une prévalence du droit de l'Union, mais cette prévalence doit être comprise et introduite dans l'ordre interne. Cela doit donc passer par une traduction et un engagement actif qui ne se limitent pas à une exécution forcée du droit de l'Union.

En conclusion, le respect des autres décisions des ordres juridiques est primordial. Ce respect ne se résume donc pas seulement à une obligation d'exécuter, il faut exercer l'art de l'interprétation harmonieuse pour éviter une confrontation. Par ailleurs, s'ouvrir à l'international s'accompagne de conditions, notamment le respect de la Constitution.

112. Cour suprême des États-Unis, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 365, 382 (2006) (op. diss. juge Breyer).

113. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1579/11, jugement du 5 nov. 2013, para. 11, NJW 2014, 532.

114. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 2365/09, jugement du 3 mai 2011, BVerfGE 128, 326 (370) - détention de sûreté.





S'agissant de la Constitution allemande, il n'existe pas de vraie confrontation entre la Loi fondamentale allemande et le droit international ou européen – ce qui n'est pas surprenant, car conforme à l'esprit des fondateurs dans le préambule de la Constitution. L'article 23 (intitulé : l'Union européenne) a confirmé et concrétisé l'engagement des fondateurs, après la réunification de l'Allemagne, qui souhaitent faire partie de l'entreprise internationale et européenne sous des conditions précisées dans la Constitution. Selon la Constitution allemande, l'intégration européenne est en effet « *attachée aux principes fédératifs sociaux d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité* » (art. 23, §1). Ainsi, la Constitution introduit des conditions, et la Cour constitutionnelle a reconnu ce principe pour l'exécution de certaines décisions de la Cour.

J'espère que cet état d'esprit va dominer les relations entre les deux cours, mais également entre les cours nationales et internationales en général. C'est encore l'exercice de la souveraineté juridique, mais c'est une souveraineté mitigée et partagée avec les autres juridictions dans un esprit de dialogue et aussi de démocratie ouverte vers l'extérieur.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Je relève que la cour allemande ne s'est pas opposée à une décision d'une juridiction internationale, alors que des cours nationales l'ont fait récemment, que ce soit en Italie ou en Colombie. Je voudrais demander au juge Breyer s'il veut réagir sur l'affaire *LaGrand*.

Stephen Breyer

Juge à la Cour suprême des États-Unis

La première remarque est que cette affaire concerne la peine de mort. Selon moi, la Cour internationale de justice (CIJ) a pris une bonne décision. Mais elle a commis une erreur : si le défendeur dans une affaire criminelle, lors du premier procès, ne dit rien sur un moyen qu'il peut utiliser pour sa défense, il renonce à un droit. C'est la règle de « *procedural default* ». C'était ici le cas à propos d'un traité qui précisait que la police informe le défendeur étranger inculpé qu'il a le droit de contacter son consulat. Comme les autorités américaines avaient négligé de le faire et que le défendeur n'avait rien dit lors de son premier procès, l'État de l'Arizona a considéré qu'il avait invoqué ce moyen trop tard. Et la CIJ n'avait pas spécifié précisément pour quelles raisons l'État de l'Arizona avait eu tort.

Il faut avouer que sur ce point la décision de la CIJ n'était pas parfaitement claire. Le droit sur ce sujet est d'une grande complexité. La possibilité que l'avocat ou l'inculpé ne savaient rien sur ce point ouvre un débat sur la compétence de l'avocat. Mais qui sont les experts sur cette question ? Sûrement personne. Les juges à la Cour suprême pensent qu'ils le sont parce qu'ils traitent des affaires qui soulèvent ce problème régulièrement. Mais que savent de ce problème les juges de la CIJ ? Absolument rien. Les juges internationaux ont décidé qu'il fallait prévoir une autre audition s'il y avait préjudice. Les juges à la Cour suprême se sont demandé pourquoi, dans la mesure où deux ou trois auditions avaient déjà eu lieu auparavant et les juges de l'Arizona avaient décidé qu'il n'y avait aucun préjudice, et donc qu'une audition supplémentaire n'était pas nécessaire.





J'avais, pour ma part, conseillé d'accorder une autre audition, parce que les juges de la CIJ ne sont pas des experts sur ces points très techniques. Mais la majorité de mes collègues s'y est opposé. Ensuite est arrivée la décision de la Cour suprême, motivée par le fait que les cours étatiques ne sont pas liées par le droit international dont les décisions ne peuvent pas faire partie du droit interne Américain sans une loi promulguée par le Congrès ; ce qui était terrible pour moi, non seulement parce qu'il existe une possibilité d'interprétation des traités en général, mais aussi parce que j'avais émis une opinion dissidente, estimant possible d'exécuter la décision de la CIJ.

Tout cela est donc arrivé en raison d'un manque de connaissance parfaitement compréhensible de la part d'une cour internationale, alors qu'aux États-Unis on savait pourquoi on avait pris cette décision. C'est un problème général : sur de nombreux sujets, certains juges et auteurs sont experts sur des points très techniques ; mais ils vont être gouvernés par une autre juridiction qui n'est pas experte, et il devient ainsi impossible de s'entendre.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Cela rejoint mon idée de perspectivisme. Chacun juge avec ses yeux, et ce n'est peut-être pas vous qui êtes Fabrice del Dongo mais la Cour internationale de justice.

Catherine Kessedjian

Professeur à l'université Panthéon-Assas

Il m'a été demandé de traiter de l'arbitrage. Je me suis donc demandé si l'arbitrage, en tant que justice privée, peut participer à la remise en cause de la souveraineté des États. La réponse est sans doute affirmative. Mais cette remise en cause de leur souveraineté est voulue par les États, elle est organisée par eux. Il ne tient donc qu'à eux d'y apporter des limites.

Commençons l'analyse par quatre courtes citations qui montrent l'étendue de la renonciation de l'État devant l'arbitrage.

- « *La sentence arbitrale internationale n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique. C'est une décision de justice internationale* » (Cass. 1^{ère} civ., n° 05-18.053, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c. Sté Rena Holding et a.*).
- « *Cette institution – l'arbitrage – est devenue un système de justice véritablement international en ce sens que l'instance arbitrale est très largement détachée des ordres juridiques nationaux et surtout assujettie à quelques principes généraux transnationaux* » (Frédéric Bachand, « Les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux », 3^e congrès de l'AHJUCAF cours judiciaires suprêmes francophones des 21-23 juin 2010 sur le thème : *Internationalisation de la justice, internationalisation du droit*).
- « *L'arbitrage appartient à un ordre juridique tiers susceptible d'être qualifié d'ordre juridique arbitral. Il correspond à la perception forte chez les arbitres du commerce international qu'ils ne rendent pas la justice au non d'un État quelconque mais qu'ils n'en exercent pas moins une fonction juridictionnelle*





au service de la communauté internationale » (Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, éd. Leiden, coll. livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, 2008).

- « *L'arbitrage international développe un droit contre l'ordre juridique dans la mesure ou son modèle de création normatif s'oppose à la notion traditionnelle d'ordre juridique délibéré et que son essor s'organise progressivement sous la forme d'un ordre juridique spontané* » (Florian Grisel, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique : application et création du droit en arbitrage international*, éd. Fondation Varenne, diff. LGDJ, coll. des thèses n° 49, Paris, 2011).

J'aimerais traiter trois sous-questions qui me paraissent résumer le débat dans lequel nous sommes impliqués : 1) Que reste-t-il de l'ordre juridique national ou étatique lorsqu'un litige est soumis à l'arbitrage ? 2) Les tribunaux nationaux doivent-ils désormais suivre les décisions des tribunaux arbitraux ? 3) L'arbitrage d'investissement est-il encore plus menaçant pour la souveraineté étatique que l'arbitrage du commerce international ?

1. Que reste-t-il de l'ordre juridique national lorsqu'un litige est soumis à l'arbitrage ?

Je crains qu'il ne reste plus grand chose de cet ordre juridique. Si nous partons du principe posé par la Cour de cassation française (*cf.* première citation *supra*), c'est-à-dire le fait qu'une sentence arbitrale internationale est « *une décision de justice internationale* », nous sommes contraints de constater que cette affirmation par la plus haute juridiction française entraîne un certain nombre de conséquences sur le rôle de l'arbitre par rapport au droit applicable au fond du litige.

La première conséquence, qui me paraît faire consensus dans les milieux de l'arbitrage, consiste à dire que le tribunal arbitral n'a pas à statuer sur le droit déclaré applicable au fond du litige comme le ferait un juge de l'État dont le droit est appliqué. L'arbitre n'a pas de *for*, il n'appartient pas à un ordre juridique donné. Au moins, il n'appartient à aucun ordre juridique national. Et, s'il appartient à un ordre juridique, c'est à l'ordre juridique du commerce international, à supposer qu'un tel ordre existât.

Si le tribunal arbitral n'a pas à mettre ses pas dans ceux d'un juge étatique, même lorsqu'il juge d'une question soumise à ce droit étatique, c'est aussi parce que, dans la plupart des systèmes juridiques – et la France a montré la voie en la matière – le « *mal jugé au fond* » par le tribunal arbitral n'est pas contrôlé *a posteriori*. Ce contrôle n'existe ni au stade du recours à l'encontre de la sentence, ni à l'occasion de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence. En droit français, deux possibilités existent de revenir indirectement à un contrôle du fond, mais elles sont toutes deux appliquées de manière extrêmement limitée.

Tout d'abord, il est possible que le juge du contrôle constate que le tribunal arbitral n'a pas respecté la mission qui lui avait été confiée. Mais, si en théorie, ce motif de recours ou de non reconnaissance/exécution peut autoriser le juge à regarder comment le tribunal arbitral a statué sur le fond du litige, la jurisprudence montre qu'il ne s'agit pas de revoir la motivation juridique, mais uniquement de comparer les points de droit soumis au tribunal arbitral et ceux qu'il a effectivement jugés.





En second lieu, l'ordre public devrait permettre de contrôler l'application du droit par le tribunal arbitral, mais l'évolution du droit français de l'arbitrage montre que ce contrôle est devenu extrêmement étroit, si bien que seules les violations les plus criantes peuvent entraîner soit l'annulation de la sentence (si l'on est dans le cadre d'un recours) soit sa non reconnaissance ou sa non exécution. Cette jurisprudence fait maintenant l'objet de la critique d'une partie de la doctrine (je renvoie au colloque du CREDIMI à Dijon récemment publié¹¹⁵), certains demandant à la Cour de cassation de revenir à un contrôle plus effectif et un peu plus large. Il n'est pas impossible que si le Tribunal des conflits a décidé comme il l'a fait dans l'affaire *INSERM*¹¹⁶, c'est en grande partie parce qu'il a craint que l'ordre public administratif, qui pouvait être en jeu dans ce dossier, ne soit, en réalité, pas du tout contrôlé s'il décidait que le contrôle devait être exercé par la Cour de cassation.

En conclusion sur ce point, nous devons donc constater que le droit français limite considérablement la possibilité pour le juge de contrôler l'éventuel mal jugé par le tribunal arbitral, si bien que l'État s'est dépouillé de la seule occasion qu'il pouvait avoir de contrôler le respect de son ordre juridique.

Aux États-Unis, on constate que le mépris manifeste à l'égard de la loi (« *manifest disregard of the law* »), que la Cour suprême fédérale a admis en tant que contrôle des sentences arbitrales, correspond à un contrôle très limité, à supposer qu'il existât encore car la Cour semble avoir annoncé un revirement à cet égard.

2. – Les tribunaux nationaux doivent-ils désormais suivre les décisions des tribunaux arbitraux qui auraient une valeur de précédent ?

Cette deuxième question est beaucoup plus controversée que la première. Je n'ai encore jamais lu de doctrine sur cette question et, à ma connaissance, elle n'a jamais été posée à une juridiction française. Là encore, si nous prenons au sérieux la déclaration de la Cour de cassation dans l'affaire *Putrabali*¹¹⁷, il me semble que la réponse doit être positive au moins dans certains cas. Plusieurs hypothèses doivent donc être étudiées. Tout d'abord, si le tribunal arbitral a statué sur une question soumise à un droit national, il n'y a pas de raison pour un juge étatique de suivre cette décision puisque le « *juge naturel* » de chaque ordre juridique national est le juge appartenant au système judiciaire de ce même État. L'arbitrage, en tant que justice privée tolérée et organisée par l'État, n'a pas à dicter au juge national sa conduite sur l'interprétation d'une norme juridique tirée de l'ordre juridique de cet État.

En revanche, si un tribunal arbitral s'est prononcé sur une question de droit international, de *lex mercatoria*, de droit du commerce international, de droit des investissements, à partir du moment où nous considérons le tribunal arbitral comme une juridiction internationale, existe-t-il une raison pour qu'un juge étatique n'ait pas à suivre cette décision lorsqu'il est confronté à la même question ?

115. Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (Credimi), *L'ordre public et l'arbitrage*, actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, éd. LexisNexis, coll. travaux du Credimi, Paris, 2014.

116. Tribunal des conflits, 17 mai 2010, *INSERM c. Fondation Letten F. Sausgstad*, n° C3754.

117. Cour de Cassation, n° 05-18.053, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Épices*.





Poser la question, c'est y répondre au moins en théorie. Sauf que, en l'état de l'arbitrage aujourd'hui, il ne nous paraît pas possible d'admettre cette conclusion pour les raisons suivantes : (i) chaque tribunal arbitral statue pour lui-même, même ceux qui le font sous l'égide d'une institution arbitrale, si bien qu'aucune véritable « *jurisprudence arbitrale* » ne peut exister, même si cette expression est de plus en plus utilisée dans les milieux de l'arbitrage¹¹⁸ ; (ii) à supposer même qu'une pratique arbitrale se soit établie, elle devrait être, d'une part, suffisamment et largement reconnue – ce qui pour le moment n'est pas le cas – et, d'autre part, publiée ce qui n'est que très partiellement le cas aujourd'hui. Même les grandes institutions d'arbitrage ne publient que quelques extraits de sentences et réservent le reste de leurs décisions à quelques groupes d'initiés. Il est donc encore extrêmement difficile d'identifier des tendances utiles pour permettre que les solutions arbitrales puissent être considérées par les juges nationaux lorsqu'ils sont confrontés à des questions identiques que celles déjà jugées par l'arbitrage.

3 – L'arbitrage d'investissement est-il encore plus menaçant pour la souveraineté étatique que l'arbitrage du commerce international ?

L'arbitrage d'investissement, plus récent dans l'évolution du règlement des différends internationaux, présente d'autres défis pour la souveraineté étatique. Il y a été fait allusion dans les présentations d'ouverture de ce colloque.

La notion d'investissement retenue ici est celle généralement admise par un grand nombre de traités bilatéraux d'investissement ou dans les enceintes internationales, que ce soit l'OCDE ou l'OMC (même si cette dernière ne s'occupe pas à proprement parler d'investissements). Il est bien connu que l'investissement international met en présence des intérêts privés (ceux de l'investisseur), des intérêts publics (ceux de l'État en tant qu'organisation politique) et des intérêts collectifs (ceux des peuples).

Il peut paraître étrange de séparer les intérêts publics de l'État et ceux du peuple qu'il administre. Malheureusement, il est avéré que certains gouvernements n'agissent pas dans l'intérêt de leur peuple dans l'intérêt propre de ses membres ainsi que le montre toutes les études récentes sur l'état endémique de corruption qui sévit dans de nombreuses régions du monde. L'OCDE vient d'organiser la semaine de l'intégrité (« *integrity week* ») dont les débats ont montré toutes les difficultés posées par la corruption tant dans la gestion des investissements étrangers que pour l'arbitrage propre à cette matière.

Pour l'observateur extérieur, il est étonnant que les États aient renoncé à leurs prérogatives en acceptant de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pouvaient naître des investissements étrangers sur leur territoire. La question est donc celle de savoir pourquoi les États ont agi ainsi.

On trouve l'origine de ce mode de règlement des différends (État hôte/investisseur étranger) dans le traité de 1968 entre les Pays-Bas et l'Indonésie, alors que le

118. Voyez le dialogue qui s'est instauré entre Jean-Michel Jacquet et l'auteur de ces lignes. C. Kessedjian, « La pratique arbitrale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, Lexis-Nexis, 2013, pp. 121-127.





Le tout premier traité bilatéral d'investissement conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan ne comportait qu'une clause d'arbitrage interétatique, l'entreprise en litige étant représentée dans le contentieux par l'État dont elle est ressortissante grâce au mécanisme de la protection diplomatique.

Je me suis donc demandé pourquoi l'État néerlandais avait adopté ce système très particulier, permettant à l'entreprise d'agir directement contre l'État hôte, sans passer par le truchement de la protection diplomatique. Dans la littérature spécialisée, il est commun de lire qu'en adoptant ce mécanisme d'arbitrage public/privé, les États ont voulu dépolitiser le système. Je ne conteste pas cet aspect qui est certainement l'une des raisons ayant présidé à l'adoption de ce mécanisme. Mais je soupçonne l'État néerlandais d'avoir eu un objectif beaucoup plus pragmatique. En réalité, ce que l'État néerlandais a voulu faire, c'est de privatiser les coûts du contentieux. L'État néerlandais a estimé qu'il avait rempli ses obligations de protection de ses investisseurs à l'étranger en signant le traité. Une fois ce traité signé, s'il y avait un conflit entre l'investisseur et l'État hôte, l'investisseur devait alors prendre ses responsabilités, conduire ce contentieux lui-même et en payer le coût. Il n'y avait aucune raison pour que l'État d'origine fasse les frais d'un contentieux survenant entre l'un de ses investisseurs et l'État hôte. Enfin, une troisième raison a trait à l'état du droit international en 1968. La Convention de Washington avait été adoptée trois ans plus tôt, permettant ainsi de donner un cadre satisfaisant à ce nouveau mécanisme d'arbitrage¹¹⁹.

Cette explication permet de relativiser la perte de souveraineté qui s'ensuit. Cela permet également de minimiser le débat extrêmement houleux auquel nous assistons avec le projet très controversé de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (« *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* »). Certes, la controverse va bien au-delà des dispositions en matière de règlement des différends. Mais l'histoire du développement de l'arbitrage en matière d'investissements étrangers nous apprend que ce qu'il y a à craindre n'est pas le mécanisme en lui-même, mais les termes du traité, notamment en matière de régulation, les tribunaux arbitraux n'hésitant pas, si le traité le permet, à écorner les pouvoirs de régulation de l'État hôte. Un juge national aurait probablement plus d'hésitation à aller dans cette direction. C'est pourquoi, on doit être encore plus vigilant dans la rédaction du traité lorsque le règlement des différends passe par des tribunaux arbitraux, que ce soit sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), d'autres institutions d'arbitrage ou de manière *ad hoc*.

En d'autres termes, si la souveraineté des États est écornée, c'est avant tout par les termes du traité sur le fond de la protection des investissements étrangers et beaucoup plus que par le seul mécanisme d'arbitrage connu depuis 1968. Il est possible que les développements récents aient dépassé ce que les États avaient envisagé à l'origine. Toutefois, ce n'est pas le principe même de l'arbitrage d'investissement qui doit être revu, mais son aménagement dans le cadre de traités qui, sur le fond, devraient mieux protéger le rôle de régulateur des États, notamment

119. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a été créé par la convention de Washington du 18 mars 1965.





dans une perspective plus respectueuse des intérêts collectifs des populations, passant probablement par une meilleure application et un meilleur encadrement de la responsabilité sociétale des entreprises¹²⁰.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Décidément tout est affaire de perspective et les arbitres se sentent aussi maîtres chez eux. Il est intéressant de constater que les juges nationaux s'inclinent facilement et cela m'intrigue beaucoup. Je souhaiterais ajouter deux choses. La première, c'est que contrairement à vous, je pense qu'il existe non pas une, mais des jurisprudences internationales ; par exemple, sur des problèmes particuliers, il y a aussi des jurisprudences arbitrales internationales. La deuxième, c'est que si dans les années 1960 on a promu l'arbitrage privé international, ce n'est pas seulement pour des raisons financières, mais plutôt par méfiance pour les ordres juridiques nationaux des États du Tiers-monde ; ce qui revient non pas à réduire leur souveraineté, mais leur compétence souveraine. Je crois que c'était une façon pour les États développés de dire que ces gens-là ne savent pas ce qu'est une justice indépendante. Maintenant nous en subissons l'effet boomerang car nous sommes aujourd'hui, à l'instar des pays du Tiers-monde, du côté des défendeurs.

Koen Lenaerts

Président de la Cour de justice de l'Union européenne

Pour introduire mes propos, je vais vous raconter une anecdote. Un journaliste allemand du journal *Süddeutsche Zeitung* m'a demandé juste après ma désignation en tant que vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne : « *Wer hat das letzte wort ? Luxemburg, Straßburg oder Karlsruhe ?* ». Qui a le dernier mot ? Luxembourg, Strasbourg ou Karlsruhe ? De sorte que tout le reste de l'interview a consisté à expliquer pourquoi cette question était mal formulée.

Pour ma part, la réponse était : pour ce qui est de la Loi fondamentale (Constitution) allemande, Karlsruhe a le dernier mot. Pour ce qui est du droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a le dernier mot. Et pour ce qui est de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a le dernier mot. Et mon opinion n'a pas changé depuis.

Chacune a la responsabilité ultime pour dire le droit qui lui est propre. C'est le reflet, au niveau juridictionnel, du principe d'attribution. C'est l'État de droit dans son expression ultime interprété par le juge. Mais, comme Andreas Paulus l'a dit, je m'y réfère également pour que tout se fasse dans le respect réciproque des différents droits en présence. Pour paraphraser le débat Breyer/Scalia¹²¹, tenu à l'*American University* il y a dix ans, on peut se demander également dans quelle mesure nous devons prendre en compte les parcelles avoisinantes à notre terrain juridique. C'est le grand défi actuel du débat européen, avec M. Breyer à une extrémité et M. Scalia à l'autre.

120. Depuis le prononcé de cette conférence, la Commission européenne a proposé qu'un tribunal permanent soit établi dans le cadre du TTIP, qui aurait en charge le règlement des différends entre investisseurs et État hôte, en lieu et place du système d'arbitrage connu aujourd'hui.

121. Débat entre Stephen Breyer et Antonin Scalia.





Comme le vice-président Sauvé l'a dit, le paradigme dans lequel nous raisonnons actuellement est le paradigme du développement du droit en réseau. C'est le paradigme du pluralisme juridique ; et à l'échelle de l'Union européenne c'est l'évidence même avec vingt-huit États membres. Nous avons même plus de vingt-huit systèmes juridiques ; pour ne prendre que le cas du Royaume-Uni, celui-ci en a déjà plusieurs, le droit étant différent en Écosse et en Angleterre, de même la Belgique possède une certaine forme de pluralité, etc. Nous avons donc plus de systèmes juridiques que d'États membres. Nous avons vingt-quatre langues officielles et beaucoup de langues non officielles. Nous avons des pluralismes juridique, culturel et sociologique. Ce que fait la Cour de justice dans cet ensemble, et dans un autre cadre la Cour de cassation française, c'est ce que Mireille Delmas-Marty, professeur au collège de France, a désigné lors du cinquantenaire de l'arrêt *Van Gend en Loos*¹²² célébré à la CJUE, comme l'ordonnement du pluralisme juridique. Là est la vraie valeur ajoutée de l'Union européenne en conformité avec le principe de *subsidiarité*.

Au-delà des politiques communes (politique agricole, politique de la concurrence, etc.), il existe de plus en plus de règles qui sont, en réalité, des règles d'ordonnement logique dans le respect mutuel entre les différents systèmes nationaux au sein de l'Union européenne. C'est tout l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ce sont les règlements Bruxelles I, Bruxelles II, Rome I, Rome II, Rome III, Rome IV ; c'est le mandat d'arrêt européen ; c'est l'ensemble de ces instruments qui visent à faire interagir en cohérence commune les différences nationales, et cela sans les essayer. C'est donc gérer, vers une finalité commune, la diversité. En cela, l'Union européenne est unie dans sa diversité. Elle n'est pas comme aux États-Unis une *nation indivisible*. C'est là toute la différence de finalités entre les deux ordres juridiques considérés. Cette réalité de base présentée de façon schématique a son reflet dans le dialogue de juge à juge.

Hier, mon collègue académique Denys Simon disait : « *le renvoi préjudiciel n'est pas vraiment un dialogue de juge à juge, c'est plutôt un croisement de monologue, mais ordonné* ». On peut discuter des termes de cette phrase, mais je pense quand même qu'il s'agit d'un dialogue de juge à juge entre les juridictions nationales et la CJUE. Le renvoi préjudiciel est la *clé de voûte* du système juridictionnel du droit de l'Union.

Effectivement la CJUE, d'une manière croissante ces dernières années, a mis l'accent sur le fait que la responsabilité, non seulement pour l'application du droit de l'Union, mais également pour l'interprétation du droit de l'Union, est partagée entre elle et les juridictions nationales. Le vieux paradigme qui consistait à répéter à mes étudiants pendant des décennies à l'université de Louvain que la CJUE interprète le droit de l'Union, et que le juge national l'applique, a bien évolué ! Application et interprétation sont d'ailleurs souvent proches, de sorte que le juge national est coresponsable du droit de l'Union et soumet à la CJUE l'interprétation qu'il tient du droit de l'Union.

Le juge national, comme le juge Paulus l'a déjà dit, doit en quelque sorte adapter, décliner, le droit de l'Union dans le contexte national. C'est le sens du nouvel

122. CJCE, aff. 26/62, 5 février 1963, *van Gend & Loos c. administration fiscale néerlandaise*, EU:C:1963:1.





article 94 du règlement de procédure de la CJUE¹²³. En faisant un renvoi préjudiciel, le juge national doit expliquer à la Cour de justice : les faits établis dans l'affaire, le cadre juridique tant procédural que matériel du droit national, les raisons qui le conduisent à s'interroger sur des points précis du droit de l'Union, et aussi (et surtout) la réponse qu'il donnerait lui-même sur ce point.

Or, force est de constater que dans la tradition française, mais aussi belge, nous avons peu cette habitude. Nous posons une question et nous nous arrêtons là. C'est une chance ratée. Il faut donc raisonner sur ce qui nous paraît cohérent comme la Cour constitutionnelle allemande l'a fait dans son premier renvoi préjudiciel¹²⁴.

Pourquoi est-ce si important ? Parce que le juge de renvoi a une chance unique de tracer le cadre à l'intérieur duquel la CJUE va interpréter de manière finale ce qu'est le droit de l'Union. Ce faisant, le juge national peut ainsi, par son action, déterminer les limites du débat judiciaire qui va se tenir devant la Cour de justice.

Il faut savoir que le débat judiciaire est très structuré devant la CJUE. Lorsqu'une ordonnance de renvoi est envoyée à la Cour, elle est immédiatement traduite dans les vingt-quatre langues de l'Union et signifiée à l'ensemble des États membres qui font des observations écrites et/ou orales. Si une juridiction de renvoi pré-raisonne un point de droit européen, les États membres, la Commission européenne, le Conseil et le Parlement européen, si un de leur acte est en cause, vont participer au débat sur l'interprétation du droit de l'Union tel qu'enclenché par le juge de renvoi. C'est ça le dialogue. Et la CJUE possède cette *exigence de controverse* vis-à-vis des affaires qu'elle a à connaître, à l'instar des États-Unis où existe le concept du « *case or controversy requirement* ». Si l'on suit ce schéma, la CJUE aura *in fine* un meilleur arrêt à rendre parce que la qualité de motivation dudit arrêt dépend de la qualité du débat judiciaire qui, lui-même, dépend de la qualité de l'ordonnance de renvoi.

Et c'est ainsi que le dialogue de juge à juge peut être appelé comme tel parce que chacun joue son rôle avec des frontières qui ne sont pas toujours fixes, frontières entre ce que font les uns et les autres avec quand même cette limite que la CJUE ne va jamais établir et apprécier les faits, dire ou apprécier le droit national, raison pour laquelle le plus souvent, dans nos arrêts préjudiciels, nous traçons un cadre juridique à l'intérieur duquel les juridictions nationales vont établir et apprécier de manière définitive les faits de l'affaire, ainsi qu'appliquer et décliner dans le cas de l'espèce ce qu'a dit pour droit la CJUE.

Deuxième axe pour la discussion. Tout ce que nous disons en droit de l'Union, est évidemment la parole définitive du droit de l'Union, sauf si une juridiction nationale refait un renvoi et essaye de nous amener à infléchir notre position – ce qui arrive –. Et c'est tout à fait légitime. C'est aussi une composante du dialogue de juge à juge. Mais l'autorité de nos arrêts d'interprétation est l'autorité de *la chose interprétée*. La chose interprétée c'est, tout simplement, la norme ou le principe de droit de l'Union que nous interprétons. L'arrêt est obligatoire de la même manière

123. V. dans le *Règlement de procédure de la Cour de justice* du 25 septembre 2012 (JO L 265 du 29 septembre 2012), sous le Titre troisième – Des renvois préjudiciels, Chapitre premier – Dispositions générales, l'article 94 intitulé : Contenu de la demande de décision préjudicielle.

124. V. CJUE, Gde Ch., aff. C-62/14, 16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, EU:C:2015:400.





dans les vingt-huit États membres, et non pas uniquement dans l'État membre où se trouve la juridiction nationale qui a fait le renvoi. Cela a plusieurs implications.

D'abord, comme le président Pellet l'a rappelé dans son introduction, c'est une chose que notre arrêt soit obligatoire, cela en est une autre qu'il soit exécutoire. Et je suis tout à fait d'accord avec lui en ce que l'opérationnalisation de nos arrêts préjudiciels, fruit de ce dialogue de juge à juge auquel participe l'ensemble des États membres et des institutions européennes, présuppose que ces arrêts doivent être acceptés et loyalement mis en œuvre par la juridiction nationale. L'autorité de la chose interprétée doit se mériter chaque jour. C'est la primauté d'application du droit de l'Union. Nous devons être légitimes pour convaincre.

La légitimité de notre Cour passe par deux canaux : d'abord, par la saisine. C'est toujours un juge national qui trace le cadre à l'intérieur duquel le débat va se dérouler et où la motivation de nos arrêts va se situer. D'où le renvoi préjudiciel comme une chance énorme. Il faut cesser pour les juridictions suprêmes de penser en termes d'obligations de renvoi. Il faut résonner en termes d'*opportunité* et de *chance* de renvoi ; parce que si la cour suprême française ne le fait pas, les autres cours le feront. Le droit se développant en réseau, la question nous arrivera de toute façon et ce qui se passera c'est que d'autres juridictions saisiront l'opportunité de tracer le cadre pour cette question. En cela, le renvoi préjudiciel est une chance à saisir.

C'est la raison pour laquelle nous disons toujours que les questions préjudicielles ne sont recevables que dans la mesure où elles contribuent concrètement à la solution d'un litige au principal. On raisonne comme un juge de « *Common law* », sans donner des avis hypothétiques et généraux, car l'on souhaite contribuer à la résolution d'un cas concret ; et l'on procède par petits pas, c'est-à-dire d'un cas à l'autre, et ça pour l'ensemble des questions de droit de l'Union. En termes quantitatifs, nous ne sommes pas tout à fait une cour constitutionnelle de premier ordre, mais plutôt une cour suprême qu'elle soit judiciaire ou administrative. C'est une cour suprême pour l'ensemble des matières du droit de l'Union. Nos arrêts constitutionnels se résument à moins d'un dixième de nos arrêts par an. C'est souvent mal compris parce que l'on voit inévitablement le triangle dans les colloques académiques : Strasbourg, Luxembourg, Karlsruhe. Certes, cela est pour nous un volet très important mais un volet quantitativement limité. Nos affaires dites « *normales* » sont avant tout des affaires touchant au droit de l'Union, et pas constitutionnelles ou impliquant des droits fondamentaux. Tel est notre quotidien. Nos interlocuteurs habituels pour la France, ce n'est pas le Conseil constitutionnel mais le Conseil d'État, la Cour de cassation et toutes les juridictions de première instance ou d'appel.

Ensuite, le deuxième élément de légitimité, c'est la motivation des arrêts – ce que les allemands appellent « *die Akzeptanz* ». C'est l'acceptabilité de nos arrêts. Il faut que la motivation s'exprime de manière transparente, quitte à rendre le juge vulnérable à la critique. Cette motivation doit plonger ses racines dans les traditions constitutionnelles et juridiques communes aux États membres. Il s'agit donc d'une interprétation du droit de l'Union certes, mais il ne faut pas oublier que le droit de l'Union est à beaucoup d'égards lacunaire ! Les textes prévoient des concepts ou





font appels à des principes non autrement définis. D'ailleurs l'article 19 du traité sur l'Union européenne assigne comme mission à la CJUE de dire le droit en interprétant et en appliquant le traité. Le droit est donc désigné comme quelque chose d'autre et de plus englobant que les règles du traité.

Pour conclure, je crois que le dialogue préjudiciel le plus effectif est celui où le juge national de renvoi participe à l'œuvre d'interprétation de la CJUE, permet un débat le plus riche possible par rapport à sa propre prise de position, et permet à la CJUE de motiver dans le cadre strictement défini de la saisine un arrêt qui sera acceptable dans les ordres juridiques nationaux qui devront opérationnaliser l'arrêt.

Deux exemples pour démontrer cela. Dans l'arrêt *Tests-Achats*¹²⁵ la Cour constitutionnelle belge a expliqué pourquoi elle pensait qu'une disposition donnée d'une directive était invalide au regard du principe d'égalité hommes-femmes. Cela a donné lieu à un débat auquel quinze États membres ont participé, et la CJUE a finalement suivi cette invalidité préconisée par la Cour constitutionnelle belge. Dans l'affaire *Bressol*¹²⁶ concernant des étudiants français s'inscrivant dans les universités belges (francophones), la Belgique, devant l'afflux massif dans certaines filières médicales, applique des règles restrictives d'accès ; la Cour constitutionnelle de Belgique demande à la CJUE si de telles mesures sont ou non compatibles avec le principe de libre circulation. La réponse était évidemment non. Mais pouvait-il y avoir éventuellement des exceptions? Nous esquissons un cadre très strict de conditions en vue desquelles pour certains cursus médicaux et paramédicaux, il y a quand même des raisons de santé publique qui peuvent conduire à faire certaines restrictions. La question fut donc renvoyée à la Cour constitutionnelle qui applique dans les faits et dans les législations nationales ce cadre. Et, sur les neuf cursus en cause, cette Cour dit que pour six d'entre eux le droit de l'Union avait été violé, mais pas pour les trois autres cursus. Ce sont des exemples d'interactions fluides entre le droit de l'Union et le droit des États membres. J'espère vous avoir convaincu que lorsque l'on parle de dialogue de juge à juge, c'est de cela qu'il s'agit dans le cadre du droit de l'Union européenne.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Il me semble que nous pouvons généraliser ce que vous avez dit : alors que les décisions des juridictions nationales bénéficient de la force exécutoire, les décisions de toutes les juridictions internationales, y compris d'ailleurs les arbitres, n'ont pas cette force, donc cette de force de persuasion. La notion d'acceptabilité est beaucoup plus importante ; c'est pour cela que le Conseil d'État ne juge pas utile de motiver ses décisions davantage que par que quelques phrases obscures puisque, de toute façon, elles seront appliquées. Les juridictions internationales ne peuvent pas se le permettre. On critique souvent la Cour internationale de justice pour ses très longs arrêts, mais il faut qu'elle se justifie aux fins de faciliter l'acceptabilité de sa décision.

125. CJUE, Gde Ch., aff. C-236/09, 1^{er} mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, EU:C:2011:100.

126. CJUE, Gde Ch., aff. C-73/08, 13 avril 2010, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, EU:C:2010:181.





Échanges avec la salle

Question – *Ma question s'adresse au juge Breyer. Vous avez évoqué le concept de courtoisie, pouvez vous nous expliquer le sens de la courtoisie aujourd'hui ? Et cette courtoisie, est-elle votre conception ou celle de la Cour suprême des États-Unis ?*

Stephen Breyer

C'est difficile pour moi de démêler ma propre perception de celle de la Cour, parce que je pense souvent que ce sont les mêmes. Là où je trouve une réponse directe à cette question, c'est dans le cas du droit antitrust ou de l'affaire Morrison¹²⁷, où la Cour s'est prononcée à l'unanimité. Le sens du concept de courtoisie, c'est qu'il faut bien analyser les tenants et les aboutissants des affaires et, surtout, avoir une connaissance des lois étrangères et de leur fonctionnement dans leurs pays d'origine pour savoir qui a raison. C'est pour cela qu'il faut connaître ce qui se passe au-delà des frontières. Et ce n'est pas une question de débat entre le juge Scalia et moi ; il n'y a pas d'autre choix si l'on veut bien juger.

Question – *J'ai une question pour le président Lenaerts. Récemment, dans une communication au Comité français de droit international privé, Mme le juge Maitrepierre suggérait la chose suivante : quand une question préjudicielle est posée à la Cour, pour le moment seuls les États ont la possibilité de participer au dialogue, et l'on se rend compte, d'une part, que les États profitent de moins en moins souvent de cette opportunité – la France en est un exemple – et, d'autre part, que la position de l'État ne représente pas toujours la difficulté des juges à faire ce travail que vous avez indiqué sur la traduction dans le système juridique des États membres. Comme vous l'avez très bien dit, le dialogue ne se fait, pour le moment, qu'avec une seule juridiction des États membres, or vos décisions sont obligatoires erga omnes, donc pour les autres vingt-sept États membres. Qu'en pensez-vous ? Et cela a-t-il déjà été discuté au sein de la Cour ?*

Koen Lenaerts

Il y a en fait deux aspects dans cette question. Il est vrai que seuls les États peuvent déposer des observations écrites ou orales lorsqu'il y a audience. C'est le texte de l'article 23 du statut de la Cour de justice qui fait partie du droit primaire, sans doute parce que les États considèrent parler au nom de l'État membre constitutif. On voit là la souche ancrée dans le droit international de toute la construction européenne. C'est un traité qui opère comme une Constitution au sens matériel du terme, mais cela reste un traité. C'est pour cette raison que les États membres se sont réservé le droit de parler à travers leur organe exécutif, qui est celui qui s'exprime normalement au nom de l'État dans les relations internationales. Mais, comme on l'a entendu du premier président de la Cour de cassation Bertrand Louvel, il y a une fonction judiciaire et une fonction diplomatique qui sont quelque part en train de se fondre l'une

127. Cour suprême des États-Unis, aff. 561 U.S. 247 (2010), *Morisson v. National Australia Bank Ltd.*





dans l'autre. De ce fait, je m'aperçois que certaines évolutions peuvent, sur le plan académique, être considérées comme souhaitables. Sinon, il faudrait alors changer les règles.

Le deuxième aspect est de savoir s'il est intéressant de faire cela. Je dirais plutôt non, car je pense qu'il est important que l'État parle d'une seule voix, parce que par exemple si une juridiction peut participer à notre débat – de façon hypothétique, mais je m'inscris dans la logique suggérée par la question –, il serait tout à fait envisageable que son Gouvernement vienne et dise autre chose. Maintenant cela arrive déjà pour les juridictions de renvoi : dans un renvoi préjudiciel actuellement pendant devant la CJUE par une juridiction bien connue de la République fédérale d'Allemagne, le Gouvernement allemand a présenté des observations qui ne coïncident pas en tout point avec les suggestions opérées par la juridiction de renvoi. Cet aspect des choses est normal car la juridiction de renvoi agit comme juge indépendant, alors que le Gouvernement représente l'État en tant que tel.

Quant aux États membres non participants, je pense que le système actuel est assez équilibré. Pourquoi ? Vous avez raison, ainsi que Mme la juge Maitrepierre, sur le fait que les États membres ne sont pas toujours à l'unisson avec ce qui se vit au sein de la juridiction suprême. Un exemple : l'affaire Landtová ¹²⁸ où la République tchèque a présenté une position autre que celle de sa Cour constitutionnelle, mais une position qui était en phase avec celle de la Cour suprême. Il s'agissait là d'une tension entre juridictions suprêmes d'un État membre concerné qui, d'ailleurs, et sans entrer dans les détails, existe aussi assez largement dans d'autres États membres. Quelle sont, en ce cas, les possibilités d'action pour l'État membre en question ?

Je crois qu'il est important pour nous d'avoir un interlocuteur unique, et cela ne peut être que le Gouvernement. Mais quelle est la solution au problème réel que vous soulevez ? Pour moi, le remède est que l'ensemble des juridictions des États membres aient la possibilité de nous interroger. Avec la nécessité pour nous de limiter notre interprétation préjudicielle aux nécessités de l'affaire pendante devant le juge de renvoi. J'insiste sur ce point parce que l'on a souvent l'impression que la CJUE fait des prononcés généraux et abstraits en interprétant le droit de l'Union, de sorte que cela fasse un peu taille unique pour tous les États membres. Ce n'est pas le cas ! Nous opérons comme un juge de Common law, à très petits pas, en collant à l'affaire, ce qui constitue une étape indispensable pour avancer. Les juridictions des autres États membres vont alors partir de ce cas d'espèce et se dire : nous avons à traiter un cas légèrement différent, notre législation est légèrement différente et votre décision n'est pas entièrement adéquate ici, pour telle(s) raison(s), aussi suggérons-nous d'infléchir ou de distinguer votre jurisprudence, voire de la nuancer sur tel(s) point(s). C'est ça le débat, et c'est le seul mécanisme dont on dispose. Et je reste convaincu que les États membres ne sont pas prêts de modifier le droit primaire dans le sens de faire participer directement des juridictions plurielles, avec parfois plusieurs juridictions d'un seul État membre parlant à sa place.

128. CJUE, aff. C-399/09, 22 juin 2011, Marie Landtová c. Česká správa socialního zabezpečení, EU:C:2011:415.



Question – Pour rebondir sur la première question et la réponse du juge Breyer. J'ai été frappé, dans l'arrêt de la Cour suprême auquel il a été fait allusion, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*¹²⁹, par l'argumentation développée à propos de la question du principe de courtoisie. On voit bien dans cette affaire, extrêmement intéressante, que la Cour suprême, en lien direct avec le thème de cette première table ronde a eu une conscience aigüe des enjeux de souveraineté au regard de la globalisation économique et de la globalisation du droit. Dans cette affaire, vous avez eu une argumentation extrêmement poussée sur les enjeux économiques qui étaient sous-jacents, puisqu'il s'agissait de la responsabilité d'une société multinationale en matière de droits de l'homme, et où existaient des enjeux en termes de compétences du juge américain qui risquait de se transformer en juge universel pour toutes les affaires de droits de l'homme engageant des entreprises multinationales. Votre argumentation reposait sur le fait que le juge d'un État, aussi puissant soit-il, ne peut pas devenir un juge universel, alors même que la globalisation l'y pousserait ; parce qu'il y a cet enjeu de souveraineté et le principe de courtoisie internationale qui impose que lorsque le lien de rattachement de l'affaire avec le lieu où la juridiction a été saisie est faible, il faut remettre la compétence à un autre juge. Je voulais revenir sur vos propos parce que cette affaire m'a paru extrêmement symptomatique des enjeux de la globalisation face au rôle du juge et à l'appréciation de sa compétence. Qu'en pensez-vous ?

Stephen Breyer

Je suis d'accord sur le fait qu'il s'agit d'un grand problème, notamment pour l'avenir proche. Mais le principe de courtoisie, par exemple, ne va pas tout résoudre. Il s'agit d'un problème plus général. Nous sommes de plus en plus proches les uns des autres dans le monde, du fait de la globalisation, sur les droits de l'homme, mais aussi sur beaucoup d'autres sujets. Il faut donc trouver des approches ou des règles pour assurer que lorsqu'un tribunal national généralise des principes, il faut que ceux-ci soient en accord avec ces règles globales. Voilà le problème, et je n'ai pas de réponse toute faite. C'est pourquoi j'ai précisé, dans le cas de l'Alien Tort Statute, qu'il ne fallait justement pas faire d'ingérence, mais harmoniser.

Il n'existe pas de Cour suprême mondiale. Donc chaque tribunal doit penser seul. Il doit se demander comment ses décisions vont être mises en œuvre de manière harmonieuse par les tribunaux d'autres pays au regard des mêmes principes. Voilà la question, et je crois que sa réponse ne concerne pas que les tribunaux. Aux États-Unis, je dirais que les juristes sont, à l'instar de Dieu, divisés en trois parties : les magistrats, les professeurs et les avocats membres du barreau. Ce système fonctionne bien lorsque ces trois parties sont en harmonie. Les magistrats tranchent une affaire et en donnent économiquement les raisons. Les professeurs critiques – parfois un peu trop – et mettent en perspective ce qui a été décidé. Enfin, les avocats lisent, interprètent ce que cela implique pour leurs affaires et présentent au juge le résultat. C'est un cercle vertueux. Je redis donc aux professeurs exactement ce que vous avez dit : maintenant, c'est à

129. Cour suprême des États-Unis, aff. 569 U.S. (2013), *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*





vous, et pas seulement à nous ! Nous avons cinquante États remplis de juges, et le dialogue existe assidument. En revanche, entre les professeurs et le Barreau, sans même mentionner leurs expériences dans d'autres pays, ce dialogue est très imparfait. Je prône donc cette coopération globale entre les trois parties de notre profession, afin que tout un chacun puisse travailler en commun sur cette problématique.

Question - *Ce débat sur la souveraineté et la globalisation ne concerne-t-il pas aussi, de façon plus matérielle, les enjeux économiques entre États, et entre intérêts privés et intérêts publics ? On a parlé d'arbitrage de ces systèmes de dérivation qui n'ont pas simplement un intérêt procédural – juger plus rapidement, plus simplement – mais aussi un intérêt à affirmer un droit spécifique souvent constitué de façon privatisée à partir de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit souple, et qui peut se substituer à des droits fondamentaux que les États et leurs juges ont collectivement contribué à mettre en place. À cet égard, que peuvent les juges nationaux et internationaux ? Est-ce qu'il n'y a pas une partie de cette souveraineté qui nous échappe, et des garanties que nous n'arrivons pas à assurer ?*

Andreas Paulus

L'un de nos devoirs est de trouver un équilibre entre les droits et les intérêts des parties, y compris les droits économiques. Car nous avons besoin d'une vue sur les effets économiques de nos décisions, même si cela est assez difficile. C'est pourquoi nous devons nous baser sur le droit. Cet effort d'équilibre est néanmoins central à notre jurisprudence sur les droits fondamentaux pour la cour de Karlsruhe, mais je suis sûr que c'est la même chose pour les autres cours. Il y a des aspects économiques différents dont certains peuvent s'exprimer en droit et d'autres non. On protège seulement les intérêts qui sont reconnus par le droit, a fortiori si des droits constitutionnels sont en jeu. On a donc un œil sur les aspects économiques s'ils se traduisent en droit ; mais pas un pouvoir économique concernant les effets économiques de nos décisions. Nous ne sommes pas les juges de l'économie car c'est le rôle du législateur et du Gouvernement.

Alain Pellet

On doit apprendre, selon les mots du président Lenaerts, à gérer cette diversité, même si je continue à penser que c'est l'un des rôles des professeurs que de contribuer à l'ordonner et d'être des faiseurs de système.



Deuxième table ronde

Application et force juridique de la norme internationale

Sommaire

Présentation des intervenants	61
Problématique de la deuxième table ronde	63
Actes.....	67







Présentation des intervenants

Président

Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Bernard Stirn est le président de la section du contentieux du Conseil d'État depuis 2006. Licencié en droit, diplômé de Sciences Po Paris, ancien élève de l'ENA, Bernard Stirn a intégré le Conseil d'État en 1976. Il a notamment exercé les fonctions de rapporteur public (anciennement commissaire du Gouvernement) et d'assesseur à la section du contentieux, avant d'être nommé président de la 7^e sous-section en 1998, puis président adjoint de la section en 2002. Bernard Stirn a par ailleurs été directeur du cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre de l'Éducation nationale, rapporteur adjoint auprès du Conseil constitutionnel, rapporteur public au Tribunal des conflits puis membre de ce Tribunal. De 1991 à 1995, il a été le secrétaire général du Conseil d'État. Bernard Stirn est professeur associé à Sciences Po Paris et président du conseil d'administration de l'Opéra national de Paris. Il coordonne les enseignements juridiques à l'ENA. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, en particulier *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, *Les libertés en questions*, *Vers un droit public européen* et, en collaboration avec Yann Aguila, *Droit public français et européen*.

Intervenants

Nicole Belloubet

Membre du Conseil constitutionnel

Titulaire d'un doctorat d'État en droit public et d'un DEA d'histoire du droit, agrégée de droit public, Nicole Belloubet est membre du Conseil constitutionnel depuis 2013. Elle a débuté sa carrière à l'université de Paris I, où elle a enseigné de 1983 à 1992. Après avoir occupé les fonctions de professeure agrégée de droit public à l'université d'Évry-Val d'Essonne, elle est devenue directrice de la recherche et de la publication de l'Institut international d'administration publique. En 1997, elle a été nommée rectrice de l'académie et chancelier de l'université de Limoges, puis de Toulouse de 2000 à 2005. Elle a été l'auteur dans ce cadre de deux rapports pour le ministre de l'Éducation nationale. Professeure à l'université d'Évry-Val d'Essonne de 2005 à 2008, puis à l'Institut d'études politiques de Toulouse, Nicole Belloubet a également exercé des responsabilités politiques : conseillère municipale de Saint-Rémy-lès-Chevreuse (1989 à 1996), puis premier adjoint au maire de Toulouse de 2008 à 2010, date à laquelle elle a démissionné de son mandat, conformément à la loi sur le cumul, pour devenir conseillère régionale de Midi-Pyrénées et première vice-présidente chargée de l'éducation, de l'enseignement supérieur et de la recherche. Elle a publié de nombreux articles et notes, notamment sur les services publics et l'Europe, ou sur les procédures administratives d'élaboration et de transcription de la norme communautaire en France.





Suzanne von Coester

Rapporteur public à la section du contentieux du Conseil d'État

Suzanne von Coester, maître des requêtes au Conseil d'État, est diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris et ancienne élève de l'École nationale d'administration (promotion Copernic, 2002). Elle a exercé les fonctions de rapporteur à la section du contentieux et à la section des travaux publics. En 2006, elle rejoint la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne comme conseillère économique, puis le Secrétariat général des affaires européennes comme conseillère juridique, responsable du service juridique et du service des relations avec le Parlement. De retour au Conseil d'État fin 2010, elle est nommée rapporteur public à la 6^e sous-section de la section du contentieux en 2012.

Nicolas Maziau

Professeur des universités, chargé de mission du Premier président de la Cour de cassation

Docteur en droit (1995), puis agrégé de droit public (1998), Nicolas Maziau a exercé de 1998 à 2009 différentes fonctions internationales. De 2010 à 2015, il a exercé les fonctions de conseiller référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il exerce aujourd'hui les fonctions de chargé de mission du Premier président. Il enseigne, par ailleurs, à l'université de Paris I et à Sciences Po Paris.

Angelika Nussberger

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Professeur, docteur en droit, docteur *honoris causa* et titulaire d'une maîtrise de lettres, Mme Angelika Nussberger est juge à la Cour européenne des droits de l'homme, où elle a été élue au titre de l'Allemagne. Elle y a pris ses fonctions le 1^{er} janvier 2011. Depuis le 1^{er} novembre 2015 elle est présidente de la 5^e section de la Cour. Mme Angelika Nussberger est professeur à l'université de Cologne, où elle a enseigné le droit international public, le droit public allemand et le droit constitutionnel comparé. Avant d'être élue juge à la Cour EDH, elle a été vice-présidente de l'université de Cologne, membre de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail de 2004 à 2010, et membre suppléant de la Commission de Venise de 2006 à 2010. Elle a participé à la rédaction du rapport de la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie constituée par l'UE. Mme Angelika Nussberger est titulaire d'une maîtrise de langues et littérature slaves et de plusieurs diplômes de droit : 1^{er} examen d'État en droit (université de Munich, 1989), 2^e examen d'État en droit (Heidelberg, 1993), diplôme en droit comparé (Strasbourg, 1988) et doctorat en droit (Wurtzbourg, 1993). Elle a été chercheur à l'Institut Max-Planck de droit social étranger et international (Munich) de 1993 à 2001, et chercheur invité à l'université de Harvard de 1994 à 1995.





Problématique de la deuxième table ronde

L'application et l'interprétation de la norme internationale sont devenues des opérations courantes pour le juge interne, administratif et judiciaire. Celui-ci est cependant confronté à la complexité croissante du réseau de normes dont il doit assurer le respect à travers une palette de contrôles toujours plus étendue. En effet, la norme internationale elle-même est plurielle, dans ses sources, dans son degré de normativité et dans son contenu. Elle interagit en outre avec la norme constitutionnelle, qui reste au sommet de l'ordre juridique interne et dont les juridictions internes doivent évidemment garantir l'effectivité, *a fortiori* depuis l'entrée en vigueur, il y a cinq ans, du mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité. Mais dans cet exercice d'articulation de normes en réseau, le juge national doit aussi tenir compte de ces autres gardiens des normes internationales que sont les juridictions internationales, en particulier européennes. Enfin, les juridictions nationales doivent aussi appréhender les questions de plus en plus fréquentes d'application extraterritoriale du droit. Du bon réglage des rapports de complémentarité et de subsidiarité, d'autorité, mais aussi, et surtout, du dialogue qu'entretiennent ces différentes juridictions dépend la mise en ordre harmonieuse de ces ensembles normatifs intimement imbriqués.

I. L'effet dans l'ordre interne de la norme internationale

D'une part, à quelles conditions la norme internationale produit-elle des effets dans l'ordre interne ? Un préalable méthodologique est l'identification des normes internationales appelées à produire des effets : traités et conventions, coutume, *jus cogens*¹³⁰, droit souple, codes de conduite internes aux entreprises multinationales, etc. Les différents barreaux de cette échelle de normativité n'auront naturellement pas le même écho dans l'ordre interne. Ensuite, la norme internationale ne peut déployer ses effets dans l'ordre juridique interne qu'à la condition de sa correcte intégration dans cet ordre juridique. Les modalités de contrôle, par le juge interne, de cette bonne intégration ont été précisées par la jurisprudence¹³¹ et sont bien établies. Mais des questions nouvelles restent à envisager, notamment celle de l'opposabilité des réserves émises par un État au regard de règles internationales encadrant les conditions de validité de telles réserves¹³².

D'autre part, dans quelle mesure la norme internationale produit-elle ses effets ? La place de la norme dans la hiérarchie interne est une première problématique, s'agissant en particulier de la possibilité d'écarter une loi incompatible avec une telle norme. Le Conseil d'État distingue selon la nature de la norme invoquée :

130. Cass. 1^{ère} Civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n° 49.

131. Cass. 1^{ère} Civ., 6 mars 1984, n° 82-14.008, Bull. 1984, I, n° 85 ; CE, Ass., 18 décembre 1998, *S.A.R.L du parc d'activités de Blotzheim*, n° 181249, A ; Cass. 1^{ère} Civ. 29 mai 2001, n° 99-16.673, Bull. 2001, I, n° 149.

132. CEDH, Gde Ch., aff. n° 18640/10, 4 mars 2010, *Grande Stevens et autres c. Italie* ; Cass. Crim., 15 janvier 2014, 13-84.778 Bull. crim. 2014, n° 11.





traité¹³³, coutume¹³⁴, principe général du droit international¹³⁵, etc. Quant à la Cour de cassation, si elle reconnaît que toute norme internationale a une valeur supérieure aux lois internes, établit-elle une hiérarchie au sein des normes internationales, avec une place particulière donnée au *jus cogens*¹³⁶ ?

Son invocabilité devant le juge est une autre question. La réponse n'est pas binaire. La notion centrale, qui n'épuise certes pas la question, est celle de l'effet direct, ou, dans le cadre du contrôle opéré par la Cour de cassation, de l'applicabilité directe, de la norme internationale. La table ronde reviendra ainsi sur les modalités d'appréciation de cet effet direct selon le Conseil d'État¹³⁷ et selon la Cour de cassation, qui sans définir de manière générale des critères, recherche au cas par cas l'applicabilité directe des normes internationales¹³⁸. Il lui revient aussi d'apprécier la compatibilité de la norme internationale avec la norme interne¹³⁹, ou de faire prévaloir l'application d'une norme internationale sur une autre¹⁴⁰. Elle reconnaît enfin que le moyen tiré d'une atteinte à un droit fondamental garanti par la Convention EDH peut constituer un moyen de pur droit¹⁴¹.

Se pose par ailleurs l'importante question du sens à donner à la norme internationale dans l'ordre interne. Or, les interprétations sont multiples. S'il appartient désormais au juge national d'interpréter les traités internationaux¹⁴², il n'en a pas nécessairement le monopole. Il a par exemple fallu prendre parti sur l'étendue et l'autorité de la chose interprétée attachée aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴³ et, récemment, sur la problématique originale des éventuels effets dans le temps de l'interprétation donnée d'une norme européenne¹⁴⁴.

Le juge national accorde bien entendu une place importante à la jurisprudence de la CEDH¹⁴⁵. Par exemple, à propos du régime des immunités, la Cour de cassation s'est appuyée sur la jurisprudence de la CEDH pour concilier deux normes internationales¹⁴⁶.

133. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, A.

134. CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, A.

135. CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n° 178834, A.

136. Cass. 1^{ère} Civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n° 49.

137. CE, Ass., *Groupe d'information et de soutien des immigrés et autres*, n° 322326, A.

138. V. par exemple, Cass. Soc., 18 janv. 1989, n° 87-44.285, Bull. 1989, V, n° 47 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 04-16.942 ; Cass. Soc., 16 déc. 2008, n° 05-40.876, Bull. 2008, V, n° 251 ; Cass. Soc., 14 avril 2010 n° 08-45.247, Bull. 2010, V, n° 96.

139. Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, *Erika*, Bull. crim. 2012, n° 198.

140. Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-83.579, Bull. crim. 2014, n° 22.

141. Cass. 1^{ère} Civ., 9 avril 2013, n°11-27.071.

142. Cass. 1^{ère} Civ., 19 décembre 1995, n° 93-20.424, Bull. civ. 1995, I, n° 470 ; Cass. Crim., 11 févr. 2004, n° 02-84.472, Bull. crim. 2004, n° 37.

143. Cass. 1^{ère} Civ., 27 janvier 1993, *Handte*, n° 89-14.179, Bull. 1993, I, n° 34 ; CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium B.V. et Société Bejo Zaden B.V.*, n° 234560, A ; Cass. 3^e Civ., 29 juin 2011, n° 10-19.975 ; Cass. Ass. Plén., 5 avril 2013, n° 11-17.520, Bull. 2013, n° 2.

144. CE, 28 mai 2014, *Association Vent de colère / Fédération nationale et autres*, n° 324852, A.

145. Cass., Ass. Plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.242, n° 10-30.313, n° 10-30.316, Bull. Ass. Plén. 2011, n° 1, n° 2, n° 3, n° 4.

146. Cass. 1^{ère} Civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n° 49.



II. L'articulation des contrôles

Les juridictions administratives et judiciaires se sont pleinement approprié le contrôle dit de « *conventionnalité* », qui les conduit à écarter l'application aux litiges portés devant elles des normes internes incompatibles avec des normes de droit international primaire ou dérivé. Si la place de ces normes dans la hiérarchie interne est bien déterminée, leur prise en compte dans certaines configurations particulières d'engagement de la responsabilité a appelé des précisions de la part du juge. Peut être pris comme exemple la question de l'engagement de la responsabilité à raison de la méconnaissance d'une coutume internationale¹⁴⁷ ou celle de la responsabilité de l'État législateur du fait d'une méconnaissance des engagements internationaux de la France, y compris de principes non écrits, imputable directement à la loi¹⁴⁸.

Mais la norme internationale n'est pas une : elle est plurielle. L'articulation des différentes normes invoquées à l'intérieur même du contrôle de conventionnalité devient un enjeu, directement relié à la densification du réseau de normes internationales, en particulier européennes. Articuler des normes de même contenu n'est pas la moindre difficulté. Le juge doit parfois combiner entre elles des conventions potentiellement contradictoires et non hiérarchisées, dans des conditions le cas échéant adaptées à la spécificité du droit de l'Union¹⁴⁹. La question de l'articulation entre normes de droit de l'Union et stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales appelle elle aussi des réponses adaptées¹⁵⁰.

De même, depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, la norme internationale est moins que jamais la norme unique de référence pour le juge interne, qui doit progressivement préciser les conditions du manie-ment combiné ou successif de ses différents instruments de contrôle, sans que toutes les configurations aient encore été traitées. Cette problématique ne se présente pas seulement au moment de l'invocation des moyens par les parties¹⁵¹ : elle se traduit également en aval de la réponse apportée par le Conseil constitutionnel à une question renvoyée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Quelle place reste-t-il pour le contrôle de conventionnalité¹⁵² ? Et comment gérer les effets potentiellement différenciés dans le temps de la décision du Conseil constitutionnel sur la question de constitutionnalité et de la réponse apportée par le juge ordinaire à un moyen de conventionnalité ?

147. CE, Sec., 14 octobre 2011, *Mme Saleh*, n° 329788, A.

148. Cass. com., 21 févr. 1995, n° 93-15.387 ; CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522, A.

149. CE, Ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, A ; CE, 11 avril 2014, *M. Giorgis*, n° 362237, A.

150. CE, Sec., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845, A.

151. Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, Bull. 2000, n° 4 ; Cons. Const. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ; CE, 14 mai 2010, *M. R.*, n° 312305, A ; CJUE, aff. C-188/10 et C-189/10, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim* ; CJUE, aff. C-176/12, 15 janvier 2014 ; Cass. Soc., 9 juillet 2014, n° 11-21.609.

152. CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n° 316734, A ; Cass. Ass. Plén. 15 avril 2011, Bull. crim. 2011, Cass. Ass. Plén., n° 1 ; Cass. 1^{ère}, Civ., 9 avril 2013 n° 11-27.071, Bull. 2013, I, n° 66.





III. L'effet dans l'ordre interne des décisions juridictionnelles internationales

Quels effets les décisions des juridictions internationales déploient-elles dans l'ordre juridique national, en dehors de l'autorité de chose interprétée qui leur est le cas échéant attachée ? Le juge national reconnaît la force exécutoire des mesures provisoires prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 39 de son règlement, par lesquelles elle peut notamment faire obstacle à l'exécution d'une décision juridictionnelle interne¹⁵³. Les juridictions internes ont, en outre, été confrontées à la problématique spécifique des répercussions que les arrêts de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent avoir sur les décisions internes, de nature administrative ou juridictionnelle, à l'origine de cette violation¹⁵⁴.

IV. L'appréhension de l'extraterritorialité par le droit international et les modalités d'application extraterritoriale du droit

Dans un contexte de globalisation, notamment économique, comment les juridictions appréhendent-elles les questions d'application extraterritoriale du droit ? L'extraterritorialité du droit par laquelle l'État – ses organes – peut être amené à régir des rapports de droit situés hors de son territoire pose de nombreux problèmes auxquels les juridictions peuvent être confrontées. Les principes de souveraineté, de non-intervention et de coopération par lesquels le droit international public prétend encadrer l'exercice par l'État de compétences extraterritoriales sont-ils encore pleinement opérants dans un contexte d'interdépendances et de mondialisation du droit ?

Il sera proposé d'analyser les différentes formes d'extraterritorialité du droit au sens matériel comme dans son acception procédurale en illustrant cette problématique par l'analyse de quelques cas emblématiques de l'extraterritorialité normative et juridictionnelle, puisés dans la législation américaine comme européenne, ainsi que dans les décisions récentes de la Cour suprême des États-Unis¹⁵⁵, de la Cour de Justice de l'Union européenne¹⁵⁶ et de juridictions étrangère¹⁵⁷ ou française¹⁵⁸ ; ces affaires étant l'occasion de s'interroger sur la portée d'un nouveau droit souple à préemption extraterritoriale en matière de responsabilités des entreprises transnationales, issu des travaux du Conseil des droits de l'homme de l'ONU¹⁵⁹.

153. CE, juge des référés, 30 juin 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. B.*, n° 328879, A.

154. CE, Sec., 4 octobre 2012, *M. Baumet*, n° 328502, A ; CE, Ass., 30 juillet 2014, *M. Vernes*, n° 358564, A.

155. Cour suprême des États-Unis, aff. 569 U.S.(2013), 17 avril 2013, *Kiobel contre Shell* ; Cour suprême des États-Unis, aff. 571 U.S.(2014), n° 11-965, 14 janvier 2014, *Daimler AG contre Bauman et autres*.

156. CJUE, aff. n° C-328/12, 16 janvier 2014, *Ralph Schmid c. Lilly Hertel* ; CJUE, aff. n° C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain, Google Inc c. Agencia española de protección de datos et Mario Gonzalez*.

157. Jugement du Tribunal de district de La Haye, 30 janvier 2013, *Friday Akpan contre Royal Dutch Shell et Shell Nigeria SPDC*, n° C 09/337050.

158. Cour d'appel de Versailles, 3^e ch., 22 mars 2013, *AFPS et OLP c. Veolia et Alstom*.

159. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, dits « principes Ruggie », 2011.





Actes – Application et force juridique de la norme internationale

Bernard Stirn

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,
président de la table ronde*

Nous allons, avec cette table ronde, avoir une vision plus pratique des rapports du droit national et de la globalisation du droit, avec le regard de juges appartenant à différentes juridictions qui ont à appliquer le droit international dans le contexte de la globalisation du droit. Nous avons la chance d'avoir : Mme Angelika Nussberger, juge à la Cour EDH, qui nous donnera le point de vue d'un juge de la Cour EDH et le regard de la Cour EDH sur le droit international tel que cette Cour peut le pratiquer ; M. Nicolas Maziau, ancien conseiller référendaire à la Cour de cassation actuellement chargé de mission auprès de M. le Premier président, qui nous donnera le point de vue du juge judiciaire ; et ma collègue Suzanne von Coester, qui pourra s'exprimer du point de vue de la juridiction administrative.

Quelques mots d'introduction sur ce sujet passionnant et très concret qu'est le maniement du droit international. À dire vrai, il ne s'agit pas d'une nouveauté complète : les juges ont toujours eu l'occasion de se référer à des traités internationaux. Classique est l'exemple du contrôle des décrets d'extradition qui, de longue date, ont donné l'occasion d'appliquer les conventions internationales en matière d'extradition. En droit fiscal, l'application des conventions visant à éviter la double imposition est quelque chose que les juges fiscaux pratiquent également depuis longtemps.

Néanmoins, durant les vingt ou trente dernières années, nous avons assisté à un changement de nature quant au maniement du droit international par les juges nationaux. Les occasions sont devenues de plus en plus fréquentes et presque tous les contentieux ont été concernés par le droit de l'Union européenne et par le droit de la Convention EDH, qui ont joué un rôle puissant d'accélérateur pour les Européens dans la prise en compte du droit international.

Ce qui était jadis plutôt une exception, la référence à un traité international, est devenu aujourd'hui la règle commune : il y a peu d'affaires dans lesquelles il soit possible de faire le tour du sujet uniquement avec les instruments de droit national. Sur la très grande majorité des dossiers, – je parle du Conseil d'État mais je pense qu'au sein de la Cour de cassation la situation ne doit pas être très différente –, le droit international est présent.

Je souligne que cette présence nouvelle et accrue du droit international a suscité un certain nombre d'interrogations et de difficultés ; certains intervenants ont même parfois parlé de « combat ». Puis ces interrogations ont été progressivement réglées de manière apaisée ; pour reprendre les images de la première table ronde, la paix est arrivée très facilement après la guerre sur beaucoup de sujets.





Il y a des interrogations nouvelles qui vont être l'objet principal de cette table ronde. Sur les sujets qui ont été réglés, notamment en France de manière tout à fait concordante par les deux ordres de juridiction, et en Europe de manière très similaire par les différentes juridictions nationales, il y a au moins deux groupes de questions qui, aujourd'hui, ne font plus véritablement débat. La place du droit international dans la hiérarchie des normes : cette question a été un sujet d'interrogation, de débat, parfois même de dissension. Aujourd'hui la place du droit international, et notamment la pleine supériorité du droit international sur le droit national, ne pose plus de difficultés.

De même, le rôle du juge national, la manière dont les juges nationaux appréhendent le droit international, interprètent les traités internationaux, vérifient même si la condition de réciprocité est remplie pour assurer leur supériorité sur la loi nationale, s'assurent de la correcte incorporation du droit international dans le droit interne. Tous ces sujets ont été réglés et, aujourd'hui, le droit que nous pratiquons ne présente plus de difficulté sur ces questions qui, il y a vingt ans encore, étaient tout à fait sur le devant de la scène.

Dernier élément pour les juges : les standards de procédure dont il a aussi été question lors de la première table ronde. Les évolutions procédurales nécessaires pour répondre à des standards européens communs ont été réalisées et ne posent plus non plus de difficultés. Ces questions importantes ont donc trouvé leur solution de manière apaisée dans les vingt dernières années.

Il y a, de ce point de vue, d'autant plus d'intérêt à regarder les questions nouvelles que notre table ronde va éclairer, qu'il me semble qu'elles tournent autour de trois éléments principaux apparus au fur et à mesure que le juge s'habitue à appliquer les normes de droit international.

D'une part, la diversité des instruments internationaux a été davantage mise en lumière. On a peut-être eu tendance dans un premier temps à regarder le droit international de manière globale et indifférenciée, alors que le droit international est en réalité une catégorie qui englobe des normes de natures différentes.

D'autre part, certaines articulations sont plus délicates que d'autres, elles ont d'ailleurs été signalées en partie durant la première table ronde. Autant la place du droit international dans la hiérarchie des normes est réglée, autant il n'en reste pas moins vrai que certaines questions d'articulation demeurent délicates et sont l'objet d'ajustements parfois complexes qui nourrissent les débats jurisprudentiels.

Enfin, on voit davantage apparaître les interactions entre les différentes composantes du droit international.

Quelques mots rapides pour introduire notre table ronde sur chacune de ces trois grandes rubriques.

1. – La diversité des éléments qui composent le droit international.

Il y a d'abord fondamentalement les traités sous leur forme la plus classique. Mais, même à l'intérieur des traités, tous les traités n'ont pas la même portée en droit interne. La distinction entre les traités qui produisent un effet direct et les traités





qui n'ont pas d'effet direct en droit interne est sans doute aujourd'hui mieux mise en lumière qu'il y a quelques années. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser cette question de l'effet direct des traités.

À côté des traités se trouve le droit de l'Union européenne. Le droit de l'Union est un droit issu de traités internationaux dont la nature même présente des différences par rapport aux traités internationaux en général. L'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne a ses propres caractéristiques, et beaucoup d'éléments de jurisprudence sont venus souligner les particularités de l'ordre juridique de l'Union par rapport au droit international général. En tout cas, c'est une question qui est aujourd'hui tout à fait présente.

Avec un degré d'intégration moindre, la Convention EDH est aussi un traité d'une nature ou d'une autorité particulière. Elle n'est pas assimilable à tous les autres traités internationaux, elle a sa propre Cour et des incidences d'une nature différente de celle des conventions internationales les plus classiques.

Enfin, à côté des traités eux-mêmes, sont apparues d'autres normes de droit international : le *jus cogens*, la coutume internationale qui a fait l'objet d'importantes décisions ces dernières années, et les multiples instruments de droit souple que véhicule le droit international au-delà des textes véritablement normatifs.

Donc, nous voyons que le droit international est en réalité un ensemble avec des composantes variées, et qu'à ces différentes composantes ne s'appliquent pas nécessairement les mêmes solutions, je crois que c'est un des premiers domaines d'interrogation.

2. – L'articulation entre le droit international et le droit interne.

Autant l'articulation droit international / droit interne est assurée dans tous les pays à partir des mêmes principes, autant nous voyons au moins deux séries de questions qui soulèvent parfois des difficultés.

La première a été largement traitée durant la première table ronde : la question de l'articulation du droit international et des normes constitutionnelles. Les solutions ont pu varier, Mme Belloubet nous donnera le point de vue du Conseil constitutionnel sur ce sujet, et nous savons que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a montré la singularité des rapports du droit international avec les normes constitutionnelles et a développé une jurisprudence qui infléchit, dans le cas du droit de l'Union européenne, le rôle du juge national au regard des normes internationales. Dans beaucoup de pays, – je pense qu'Andreas Paulus ne me démentira pas –, l'équilibre est en général bien trouvé. D'ailleurs, j'avais trouvé très justement évocatrice l'image retenue par le président de la Cour de Karlsruhe il y a deux ans, à la rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'il avait dit qu'il fallait penser aujourd'hui non plus selon le modèle de la pyramide de Kelsen mais à partir d'un mobile de Calder où les différentes composantes du droit bougent sans arrêt, s'appuient les unes sur les autres et trouvent leur équilibre commun dans ce mouvement incessant.





L'autre question d'articulation à laquelle le Conseil d'État été récemment confrontée pour la première fois, et qui est sans doute un sujet d'avenir, est l'éventuelle contradiction entre des normes de droit international. Jusqu'ici nous avons beaucoup montré que le droit international est varié dans ces composantes. Mais il peut également être contradictoire ou, en tout cas, taxé de contradiction. Que se passe-t-il si deux normes de droit international sont incompatibles l'une avec l'autre ? Nous avons eu un cas concret qui a donné lieu à un important arrêt du Conseil d'État (23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*) où le requérant soutenait qu'une convention bilatérale entre la France et la Russie était incompatible avec la Convention EDH puisqu'elle privilégiait, pour le remboursement des emprunts russes, les porteurs français d'emprunt russe, créant par là une discrimination selon la nationalité, contraire selon le requérant à la Convention EDH.

Cette question d'articulation entre les conventions internationales est une question très délicate. Cela a été la première affaire dans laquelle le Conseil d'État a eu recours à un *amicus curiae*¹⁶⁰. Un des prédécesseurs du président Abraham, le président Gilbert Guillaume, en qualité notamment d'ancien président de la Cour internationale de justice, a éclairé l'assemblée du contentieux du Conseil d'État d'une très remarquable contribution *d'amicus curiae* pour indiquer comment le droit international saisissait ces contradictions, ou plutôt ne saisissait pas vraiment ces contradictions entre normes de droit international.

3. – Les interactions de plus en plus marquées entre les différents droits.

Tout spécialement dans le cadre européen, nous assistons à un mouvement permanent, que traduit bien l'image du mobile de Calder, entre le droit de l'Union, le droit de la Convention EDH et les droits nationaux. C'est ici que la frontière entre droit international, droit européen et droit national s'estompe le plus. Il y a des interactions incessantes entre les différents droits nationaux qui sont prises en charges par les différentes cours européennes, les jurisprudences des cours européennes, et les deux branches du droit européen que sont le droit de l'Union et le droit de la Convention.

En conséquence, il est nécessaire pour les juges nationaux, non seulement, de connaître le droit et la jurisprudence en matière de droit de l'Union et de droit de la Convention EDH, mais aussi, de connaître de plus en plus les différents droits nationaux ; car ces trois composantes sont en permanence interactives les unes par rapport aux autres et dessinent le cadre dans lequel les juridictions nationales doivent travailler.

Ces interactions donnent une place accrue au droit comparé, redevenu pour les juridictions nationales un élément très important. Au-delà de la réflexion sur le droit de l'Union, sur le droit de la Convention, il y aussi le droit des autres États qui est un élément nécessaire de l'information pour que les juridictions, et notamment les Cours suprêmes, puissent exercer leur compétence en toute connaissance de cause. Ce mouvement fait aussi apparaître une évolution qui a été également

160. Possibilité d'intervention pour une personne ou un organisme non partie à une procédure en cours de donner son avis.



relevée : la dimension extraterritoriale de beaucoup de normes juridiques. Le temps où le droit émanait de l'État et s'appliquait sur le territoire de l'État est un temps qui n'est plus exactement le nôtre. Beaucoup de normes juridiques auxquelles nous devons nous référer ont dorénavant une portée extraterritoriale.

Angelika Nussberger

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

1. - La métamorphose de la norme internationale

1.1. - Point de départ : l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice

Permettez-moi de commencer par une question simple : qu'est-ce que la norme internationale ? Tout d'abord, on peut donner une réponse académique. L'article 38 du statut de la CIJ définit comme « *normes internationales* », les conventions internationales, la coutume internationale, les principes généraux et ce que l'on appelle les moyens auxiliaires (les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes). Mais cette réponse académique ne correspond pas à l'expérience du juge national en Europe. Ce avec quoi il travaille tous les jours est quelque chose de différent.

1.2. - Diversification des sources

La coutume et les principes généraux ne sont que rarement présents dans le travail du juge national, contrairement aux traités internationaux qui sont omniprésents. La Convention EDH s'applique dans presque toutes les branches du droit interne. D'autres conventions sont plus spécialisées comme la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants, les conventions de l'Organisation internationale du travail ou encore les conventions de La Haye et de Genève concernant le droit humanitaire. Le juge national se trouve donc face à un ensemble de traités sans hiérarchie claire entre eux ; avec en plus le droit souple, les recommandations et les résolutions sans portée juridique ou contraignante, qui ne figurent pas dans l'article 38 du statut de la CIJ.

Or, les décisions de justice qui sont mentionnées comme « *auxiliaires* » sont devenues la partie des normes internationales qui comptent le plus. En ce qui concerne la Cour EDH, on en a vingt ou trente par semaine avec peut-être deux qui concernent la France ; il s'agit donc d'une très grande quantité de droit de sources différentes à laquelle le juge national est confronté. Et ce n'est qu'une partie du droit d'origine international applicable dans le droit interne, puisqu'à cela s'ajoute encore le droit européen primaire et secondaire concrétisé par un très grand nombre de jugements de la CJUE.

Si l'on observe alors le tableau des normes internationales en général, on peut faire trois observations. D'abord, comme le précise le programme de ce colloque, la norme internationale est une norme plurielle dans ses sources, sa normativité et son contenu. Ensuite, on peut constater une certaine « *juridification* », ce terme signifiant ici une multiplication de normes de sources différentes dont beaucoup interfèrent entre elles, surtout dans le domaine des droits de l'homme. Enfin, les sources traditionnelles du droit international ne correspondent que partiellement à la réalité de la pratique du juge national.





1.3. - Développement dynamique

a) Droits de l'homme comme facteur de légitimité politique

Quelles sont les raisons de ces développements ? Une des raisons les plus importantes en pourrait être l'histoire du succès et du dynamisme du développement des droits de l'homme sur le plan européen. Car c'est devenu un facteur de légitimité politique que d'appliquer ou d'observer les droits de l'homme comme définis au niveau européen. On a donc une sorte de conscience juridique européenne, et l'on ne peut plus s'éloigner ou protester contre la force de cette conscience juridique ; il faut l'intégrer dans le droit national.

b) Interprétation autonome et indépendante

Il existe en outre un facteur d'importance cruciale du développement dynamique des normes sur le plan international : l'existence des cours qui sont compétentes pour en donner des interprétations autonomes et indépendantes.

Un traité bilatéral ou multilatéral n'est tout d'abord rien d'autre que l'expression d'un accord de volonté abstrait. Ceux qui l'ont conclu sont responsables de son application et de son interprétation ; ils en restent les maîtres. Si l'on regarde l'histoire du droit international, on observe beaucoup de réticence à établir de vraies cours indépendantes en raison de la peur de l'interprétation contraignante – et peut-être dynamique – des traités. Car interpréter est le premier pas ; le deuxième est contrôler ; et le troisième est exercer du pouvoir. C'est pourquoi l'idée principale était de ne pas laisser le pouvoir interprétatif aux tiers ou bien de « *domestiquer le juge* ». En voici un exemple historique concernant l'Organisation internationale du travail. En 1927 on a créé un comité d'experts pour écrire des rapports sur l'application des normes, mais on lui a explicitement interdit de les interpréter.

Ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale que le climat diplomatique et les convictions juridiques ont changé fondamentalement. On a compris qu'un traité sur les droits de l'homme sans mécanisme pour en définir le contenu et le mettre en œuvre serait « *lettre morte* ». On a donc accepté qu'une jurisprudence puisse et doive se former même contre la volonté des parties contractantes.

Ni en théorie, ni en pratique, les limites de l'interprétation ne sont prévisibles. C'est d'ailleurs aussi vrai pour les normes nationales que pour les normes internationales. Prenons l'exemple de l'article 8 de la Convention EDH dont le texte dispose que « *toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». C'est facile de se mettre d'accord avec cette phrase, mais qu'en a fait la Cour ? Citons un cas concret : l'affaire *Menesson contre France*¹⁶¹ qui concerne la gestation pour autrui. La Cour déduit de cet article 8 que « *faire obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne d'un lien de filiation entre l'enfant né d'une gestation d'autrui et le père biologique est une violation de la vie familiale de l'enfant* », même si l'enfant peut vivre avec le père biologique. Il s'agit clairement d'une interprétation de cette norme ; que l'on

161. CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, req. n° 65192/11.



peut justifier comme basée sur le texte, mais il est difficile de dire qu'une telle interprétation aurait pu être facilement prévisible *in abstracto* lors de l'élaboration de la Convention.

La norme juridique abstraite et pure est alors différente de la norme interprétée et appliquée – comme la chenille et le papillon. Le problème est que, jusqu'à maintenant, les systèmes constitutionnels de droit développaient des règles pour intégrer les chenilles (les normes abstraites), mais pas pour intégrer les papillons.

c) Développement de la méthodologie

Ce n'est pas seulement l'interprétation des traités des droits de l'homme qui s'est développée et est devenue plus raffinée, mais aussi la méthodologie. En ce qui concerne la Cour EDH, dans les décennies de 1959 à 2015, elle a fait de grands pas méthodologiques dont il faut mentionner les plus importants.

En 1978, dans l'affaire *Tyrer*¹⁶² la Cour définit la Convention EDH comme un « *instrument vivant* » et demanda l'adaptation de l'interprétation de la Convention aux conditions de vie et conceptions sociétales changées. La Cour rappelle en outre que « *la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l'a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine* »¹⁶³.

Une année plus tard, dans l'affaire *Marckx*¹⁶⁴ la Cour expliqua que la Convention EDH ne s'applique pas uniquement à des ingérences « *classiques* » des autorités – le « *sinistre toc-toc de quatre heures du matin à la porte* » dans les mots du juge britannique dissident –, mais aussi à des réglementations du droit interne considérée comme « *injustes* ». Cela a ouvert la porte à un contrôle conventionnel de la législation nationale dans toutes les branches touchées par la Convention.

En 2002, dans l'affaire *Christine Goodwin*¹⁶⁵ la Cour attribua à la Convention le rôle d'un moteur d'innovation en allant plus loin que les systèmes juridiques européens. Ainsi, concernant le statut juridique des transsexuels elle attachait moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen en la matière qu'à l'existence d'éléments montrant une tendance internationale.

En 2008, dans l'affaire *Demir et Baykara*¹⁶⁶ la Cour EDH accepta de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation qui rendent les garanties de la Convention concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives. Elle y inclut « *toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les parties contractantes* »¹⁶⁷. Elle conclut ainsi : « *La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et*

162. CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72.

163. CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, paragr. 31.

164. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74.

165. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95.

166. CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97.

167. CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, para. 67.





doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.

« Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes (...) »¹⁶⁸.

Le juge national est donc confronté à un développement méthodologique aussi dynamique que le développement interprétatif du contenu substantiel des normes.

d) Interprétation explicite et interprétation implicite

Dans le jugement *Demir et Baykara*, la Cour EDH se réfère aux « *interprétations faites (...) par les organes compétents* ». Mais il faut bien souligner que pour la plupart des normes internationales il n'existe pas d'organe compétent pour en donner une interprétation authentique. C'est alors la voix de la Cour EDH qui est la seule à se prononcer sur des normes comme la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants ou les Conventions de La Haye et de Genève concernant le droit humanitaire. Les jugements de la Cour EDH se présentent comme des poupées russes, car derrière l'interprétation des normes de la Convention EDH se cache l'interprétation implicite d'autres normes. On peut douter de la légitimité de cette approche. Ou bien on peut s'attaquer aux conclusions concrètes données par la Cour en tant qu'interprétation non authentique.

Voici deux exemples où la Cour EDH a corrigé son interprétation suite à une critique bien fondée. Le premier exemple concerne le droit humanitaire dans les affaires *Al-Jedda contre Royaume-Uni*¹⁶⁹ et *Hassan contre Royaume-Uni*¹⁷⁰. On avait reproché à la Cour que dans l'affaire *Al-Jedda* elle n'avait pas suffisamment tenu compte du consensus international sur les droits et le statut des prisonniers de guerre exprimés dans les troisième et quatrième Conventions de Genève. Si l'on interprète l'application correcte des règles de ces conventions sur l'arrestation de combattants au cours d'un conflit armé comme une violation de l'article 5 de la Convention EDH, on risque de détruire un mécanisme protecteur universellement accepté. C'est pourquoi la Cour EDH a clarifié :

« Du fait de la coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention, les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la

168. *Ibid.*, para. 85, 86

169. CEDH, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, req. n° 27021/08.

170. CEDH, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n° 29750/09.



détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève »¹⁷¹.

Une autre correction a été faite dans l'affaire *X contre Lettonie*¹⁷² pour tenir compte de la critique contre le jugement de la Grande chambre dans l'affaire *Neulinger et Shuruk contre la Suisse*¹⁷³. La cour explique la base de son approche dans les termes suivants :

« Cette approche s'inscrit dans le cadre d'une application combinée et harmonieuse des textes internationaux, en l'espèce et en particulier de la Convention européenne et de la Convention de La Haye, compte tenu de son objet et de son impact dans la protection des droits des enfants et des parents. Une telle prise en compte des dispositions internationales ne doit pas entraîner une opposition ou une confrontation entre les différents traités, sous réserve que la Cour puisse pleinement assurer la mission qui est la sienne, à savoir « assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes » de la Convention ».

Sur cette base, la Cour accepte que l'exigence d'un « examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale » avant le retour d'un enfant enlevé, comme exigé dans *Neulinger et Shuruk*, puisse être incompatible avec la Convention de La Haye, et adapte et clarifie sa position.

Tout cela montre les différents aspects de la métamorphose des normes internationales et le grand dynamisme de ce développement dans les dernières décennies. Pour le juge national c'est un défi majeur. Quelles sont les réponses données dans les ordres juridiques nationaux ?

2. - Réaction des ordres juridiques nationaux au développement dynamique de la « norme internationale »

2.1. - Obligations découlant de la ratification

Toute obligation internationale naît de la ratification du traité. C'est pourquoi chaque ratification nécessite une analyse approfondie du droit national et de sa compatibilité avec le traité international. Les ordres juridiques internes prévoient des règles procédurales et substantielles pour gérer ce processus. Pour citer le président Stirn, « les formalités solennelles d'adoption définitive de la ratification ou de l'approbation sont nécessaires à la force juridique d'un engagement international ».

La ratification de la Convention EDH, telle qu'elle se présente après la réforme de 1998, est automatiquement liée à l'acceptation de la jurisprudence de la Cour. À cause de son interprétation dynamique, les parties ratifiant la Convention EDH ne savent pas précisément ce qu'il va en advenir ! Ils achètent – si je puis dire – le chat dans un sac. Voilà le problème du juge national, qui doit appliquer les normes des traités comme la Convention EDH à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH.

171. CEDH, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n° 29750/09, para. 104.

172. CEDH, 26 novembre 2013, *X c. Lettonie*, req. n° 27853/09.

173. CEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07.





Ensuite, le juge national n'a pas le choix puisque, selon l'article 46, les parties contractantes sont obligées de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

L'exécution des arrêts est un grand thème de discussion à la Cour EDH. C'est le droit souverain de chaque État membre de décider des mesures à prendre après que la Cour a sanctionné une violation. Néanmoins il y a une tendance d'exiger de la Cour des indications plus concrètes pour définir les moyens requis pour mettre en œuvre un jugement. Il y a des décisions où la Cour est allée très loin. L'exemple le plus connu est l'affaire *Volkov c. Ukraine*¹⁷⁴ qui concernait un juge révoqué sur la base d'une procédure incompatible avec les exigences de l'article 6 et les principes de l'État de droit. La Cour fut audacieuse et exigea que l'Ukraine assure « la réintégration du requérant à son poste de juge de la Cour suprême dans les plus brefs délais ».

Il y a bien des raisons pour critiquer cette approche. Mais, pour la Cour, il s'agit d'essayer de trouver un certain équilibre, d'accepter à la fois le droit souverain de chaque État de décider librement des moyens de mise en œuvre des jugements et, en même temps, de tout faire pour que la protection des droits de l'homme soit effective.

2.2. - L'ouverture des systèmes nationaux

Les systèmes nationaux – dualistes ou monistes – doivent définir la position hiérarchique de la norme internationale dans l'ordre juridique national. D'après la Constitution française les traités ont généralement une autorité supérieure à celle des lois. En revanche, dans la Loi fondamentale (constitution) allemande¹⁷⁵ les traités internationaux se trouvent sur le même niveau que les lois.

Mais, en pratique, les différences entre les systèmes sont relativisées par le fait que la Constitution allemande doit être interprétée dans un esprit d'ouverture au droit international ; de sorte que la Convention EDH est considérée comme une partie de l'État de droit (*Rechtsstaat*) et est ainsi située sur le même plan que les droits constitutionnellement garantis.

2.3. - Adaptation du droit interne aux développements dynamiques de la norme internationale

Généralement, le consensus politique lors de la ratification d'un traité se réfère aux normes abstraites telles qu'elles se présentent à ce moment, le développement futur n'étant pas prévisible. Cet écart entre la position initiale théorique et la réalité des interprétations entraîne beaucoup de tensions, au point que souvent le consensus politique s'arrête là où commencent les arrêts de la Cour EDH !

La Cour constitutionnelle de l'Allemagne a donné une réponse assez claire à cette question. D'après elle, la non application de la Convention EDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH, constituerait une violation de la Constitution elle-même. Cette solution n'est pas évidente pour tous les pays membres de la Convention.

174. CEDH, 9 janvier 2013, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, n° 21722/11.

175. La Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne est la constitution de l'Allemagne depuis le 8 mai 1949 pour les Länder de l'Ouest et le 3 octobre 1990, date de la réunification, pour tout le pays.





Mais, même s'il y a des problèmes dans ce contexte, il faut noter que le contenu des normes de la Convention se développe sur la base d'un dialogue intense (même avant l'entrée en force du Protocole n° 16). C'est tout d'abord le juge national qui interprète les normes de la Convention EDH dans l'affaire qu'il doit décider. Ensuite c'est la Cour EDH qui est appelée à donner une réponse et à approuver ou à rejeter l'interprétation donnée par le juge national.

L'idée d'épuisement des voies de recours, l'idée de subsidiarité et l'idée de marge d'appréciation forment le cadre de cet échange.

2.4. - Discussion des limites

Parfois sont prononcées des critiques assez virulentes contre ce que fait la Cour EDH. J'en citerai une qui se réfère notamment aux affaires *Lambert* et *Menesson*¹⁷⁶, où l'auteur M. Naulot conclut ses propos en disant : « *on a beau être européen, notre souveraineté et l'efficacité du droit national ne doivent pas être réduites à néant* ». C'est la notion de la souveraineté qui se trouve le plus souvent à la base de telles réflexions critiques. C'est aussi vrai pour la Cour constitutionnelle d'Allemagne. Si on lui fait des éloges parce qu'elle a intégré dans le système juridique interne non seulement la Convention EDH, mais aussi les jugements de la Cour, il faut aussi voir les limites de sa définition de l'ouverture constitutionnelle : la Cour de Karlsruhe n'accepte que des « *interprétations méthodologiquement acceptables* ». Elle précise en outre que les principes fondateurs de la Constitution constituent une barrière à l'ouverture ; dans ce contexte, la cour se réfère au « *dernier mot de la souveraineté de l'État* ».

Tout cela était expliqué dans un jugement célèbre de 2004, le jugement *Görgülü*¹⁷⁷. Mais onze ans plus tard l'approche théorique reste toujours mystérieuse : que signifie une interprétation « *méthodologiquement acceptable* » ? Sur la base de quelle méthodologie faut-il décider cette question ? Quels sont les principes fondateurs de la Constitution ? Comment l'interprétation de la Convention pourrait-elle être en contradiction avec ces principes ?

La définition des limites reste vague, plutôt comme option théorique que comme outil pratique pour ne pas mettre en œuvre un jugement de la Cour. Néanmoins, il y a d'autres cours constitutionnelles comme la Cour constitutionnelle russe¹⁷⁸ qui ont suivi cet approche et défini les limites de l'application de la Convention tirées de la souveraineté nationale.

Bien sûr, les cours constitutionnelles ont le droit de définir un cadre constitutionnel pour l'application de la Convention en droit interne, et de répondre ainsi aux défis du dynamisme de l'interprétation. *In fine*, tout dépend de la pratique. Tant que le juge national accepte de se conformer à l'obligation internationale définie dans l'article 46 de la Convention EDH, le système de protection des droits de l'homme en Europe fonctionnera comme prévu. Et c'est ce qui compte.

176. CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, req. n° 65192/11 ; CEDH, Gde ch., 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n° 46043/14.

177. BVerfGE, volume 111, p. 307 (le texte peut être consulté en anglais sur l'internet https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html).

178. Jugement du 14 juillet 2015.





Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Merci beaucoup pour cet exposé très intéressant, je crois que nous garderons tous en mémoire les images des poupées russes, de la chenille et du papillon, qui illustrent très bien la manière dont, à partir d'un traité, une juridiction internationale déploie des règles.

Nicole Belloubet

Membre du Conseil constitutionnel

Mon intervention dans le cadre de cette table ronde, pour évoquer les rapports entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit européen et international, sera très pragmatique.

Éliminons d'emblée un certain nombre d'éléments dont je ne parlerai pas, car ils sont suffisamment connus : d'une part, le contrôle exercé sur la base de l'article 54 de la Constitution qui permet de vérifier la conformité des traités à la Constitution. D'autre part, la décision *IVG* du 15 janvier 1975¹⁷⁹ par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que malgré le principe de primauté des traités sur les lois posé par l'article 55 de la Constitution, il n'est pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France. Il distingue donc contrôle de *constitutionnalité*, qui relève de sa compétence et contrôle de *conventionnalité*. Le raisonnement conduit alors n'est pas convaincant sur tous les points (notamment le rapport loi/traité), mais il pose les bases d'une architecture dont les grandes lignes demeurent. Enfin, la décision *Jeux en ligne* du 12 mai 2010¹⁸⁰ (et les arrêts *Melki*¹⁸¹ et *Abdeli*¹⁸² de la CJUE qui y sont liés) : le Conseil constitutionnel y rappelle sa jurisprudence *IVG* et précise son application dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution¹⁸³.

En somme, je n'évoque pas la question de la primauté des normes internationales ou européennes : chacun sait qu'en ce domaine le Conseil constitutionnel procède par abstention ou par omission, confiant cette tâche aux juridictions administratives et judiciaires. Je ne parlerai ici que de « *l'action* » c'est-à-dire de la manière dont le Conseil constitutionnel utilise les différentes sources du droit international et européen, s'appuie sur elles, les prend en compte dans le cadre du contrôle qu'il effectue sur la base des articles 61 et 61-1. Je présenterai la double manière dont s'exerce cette prise en compte : explicite et implicite.

1. La prise en compte explicite

En propos liminaire, il faut préciser que la mention de ces textes internationaux figure souvent dans nos visas, essentiellement pour deux raisons : d'une part,

179. CC, décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, rec. p. 19.

180. CC, décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, rec. p.78.

181. CJUE, aff. C-188/10, 22 juin 2010, *Aziz Melki*.

182. CJUE, aff. C-189/10, 22 juin 2010, *Sélim Abdeli*.

183. Deux précisions sont apportées : « *il appartient aux juges administratif et judiciaire de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher qu'une disposition incompatible avec le droit de l'Union européenne produise des effets ; les dispositions relatives à la QPC ne privent nullement le juge de son pouvoir de poser une question préjudicielle à la CJUE y compris lorsqu'il transmet une QPC* ».





malgré la jurisprudence *IVG*, les requérants n'hésitent jamais à utiliser devant nous des arguments fondés sur le non-respect de telle ou telle disposition internationale ; nous reprenons donc ces textes dans nos visas. D'autre part, il est souvent fait une référence explicite à des textes internationaux du fait du renvoi opéré par la loi ordinaire contestée ; on retrouve alors également ces textes dans nos visas.

Les références explicites aux textes internationaux dans les motifs et *a fortiori* dans les dispositifs des décisions sont assez peu fréquentes. Il arrive toutefois qu'elles apparaissent dans les considérants pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus, soit que l'on y reprenne les griefs des requérants, soit qu'il s'agisse d'une citation par renvoi opéré par la loi ordinaire. Tel est le cas, par exemple, dans les décisions concernant les mesures d'entrée et de séjour des étrangers en France qui renvoient à des conventions internationales¹⁸⁴ citées dans les visas : la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés ; le protocole relatif au statut des réfugiés de 1967 ; la Convention signée à Dublin de 1990 relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile ; la Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 ;

Mais on ne tire de ces citations aucune conclusion sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Il n'est d'ailleurs pas toujours apporté de réponse aux requérants sur ces points dans les motifs de la décision¹⁸⁵. Ces conventions sont visées par le Conseil constitutionnel pour être ensuite souvent écartées au motif que : « *l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de lois successives ou de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales, mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel* »¹⁸⁶. Au fond, nous retrouvons là, la logique qui consiste à ne pas assurer directement le contrôle de la conventionnalité pour le laisser aux Cours suprêmes.

Trois occurrences semblent toutefois révélatrices de la manière dont les traités sont parfois activement *mobilisés* par le Conseil constitutionnel : ce dernier prend

184. CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, aux conditions d'entrée, d'accueil, de séjour des étrangers en France*, rec. p.224.

185. CC, décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014* : « 122. Considérant que, selon les sénateurs requérants, en supprimant la suspension automatique de la mise en recouvrement de l'imposition en cas de procédure amiable, l'abrogation de l'article L. 189 A du livre des procédures fiscales priverait les entreprises de la faculté de recourir à une procédure arbitrale destinée à éviter les doubles impositions ; qu'en particulier, compte tenu des stipulations du paragraphe 3 de l'article 7 de la Convention européenne du 23 juillet 1990 susmentionnée, l'abrogation de l'article L. 189 A conduirait à ce que le contribuable français ne puisse recourir à la procédure arbitrale qu'après avoir renoncé à tout recours contentieux permettant de demander un sursis de paiement des impositions alors qu'il a déjà acquitté l'impôt à l'étranger ; qu'il en résulterait une atteinte au droit à un recours juridictionnel ; 124. Considérant qu'en supprimant la suspension automatique de la mise en recouvrement de l'imposition en cas d'ouverture de la procédure amiable d'élimination des doubles impositions, le législateur a entendu accélérer le recouvrement de l'impôt ; que l'obligation d'acquitter immédiatement l'impôt qui peut résulter de cette suppression est sans incidence sur le droit, pour le contribuable intéressé, d'en obtenir restitution s'il venait à être établi que le pouvoir d'imposition appartenait à l'autre État intéressé ; que, dans ces conditions, l'abrogation de l'article L. 189 A du livre des procédures fiscales ne porte pas d'atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif ».

186. CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 2.





de très rares appuis sur ces textes pour interpréter la norme constitutionnelle de référence ; il prend des appuis erratiques pour apprécier la constitutionnalité de la norme contrôlée ; enfin, il sollicite ces textes de manière importante pour les questions procédurales.

1.1. Le Conseil constitutionnel revendique un entier monopole pour interpréter la norme constitutionnelle de référence qui constitue le cadre de son contrôle

Dans le cadre du contrôle qu'il exerce et du fait de ce monopole authentique et exclusif, le Conseil constitutionnel ne s'appuie pas sur les textes internationaux. C'est un positionnement constant réitéré, par exemple, dans la loi relative au découpage des régions¹⁸⁷ où était invoquée, pour justifier une consultation préalable des départements et des régions, la charte européenne de l'autonomie locale. La jurisprudence *IVG* est ici reprise avec une formulation toutefois différente et mieux adaptée.

Au sein du droit de l'Union, deux éléments permettent de relativiser cette posture et de se référer explicitement aux textes européens afin d'apprécier le cadre constitutionnel dans lequel s'exerce notre contrôle.

Le premier élément, en lien avec l'article 88-1 de la Constitution, s'attache à la transposition des directives. Cette jurisprudence traduit l'effectivité de l'article 88-1 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a tiré de l'article 88-1¹⁸⁸ de la Constitution que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »¹⁸⁹. Mais ce contrôle connaît une double limite : la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ; ce contrôle est restreint et ne sanctionne que la méconnaissance manifeste de l'objectif ou des dispositions de la directive.

187. CC, décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015, *Loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral* : « 3. Considérant que les requérants soutiennent que le défaut de consultation des départements et des régions préalablement au dépôt du projet ou à l'adoption de la loi modifiant les délimitations régionales méconnaît les stipulations de la Charte européenne de l'autonomie locale et porte atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales ainsi qu'à un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; 4. Considérant, d'une part, que, si les dispositions de l'article 55 de la Constitution confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ; qu'ainsi, doit être écarté le grief tiré de ce que l'absence de consultation des départements et des régions préalablement au dépôt du projet ou à l'adoption de la loi modifiant les délimitations régionales méconnaîtrait les stipulations de la Charte européenne de l'autonomie locale ; que ces dispositions ne portent pas davantage atteinte aux exigences qui résultent de l'article 55 de la Constitution ».

188. « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

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





Cette jurisprudence traditionnelle a été réitérée dans la décision *OGM* de 2014¹⁹⁰. En dehors de tout lien avec le fond du texte, cette décision a été très critiquée par la doctrine sur deux points essentiels : le fait que le juge constitutionnel n'ait pas profité de cette occasion singulière pour étendre son contrôle aux lois qui violent manifestement une directive et qui privent d'effet une loi de transposition antérieurement validée ; et le fait que le Conseil constitutionnel fonde sur l'article 88-1 le contrôle qu'il exerce sur les lois de transposition des directives mais refuse d'invoquer cette même disposition constitutionnelle pour étendre cette exigence aux textes qui se situent dans le champ d'application des règlements de l'Union notamment, voire aux traités eux-mêmes.

Le second élément est lié à la singularité de l'article 88-2¹⁹¹, sur le mandat d'arrêt européen qui a rendu possible le renvoi en interprétation préjudicielle. En l'espèce¹⁹², selon l'interprétation donnée à l'acte de l'Union, la loi adoptée pour le mettre en œuvre, dans le cadre de la marge de manœuvre nationale laissée aux États membres, pouvait ou non être entachée d'inconstitutionnalité. C'est ce qui a permis au Conseil constitutionnel pour la première fois d'effectuer un renvoi en interprétation préjudicielle fondé sur l'article 267 du TFUE. De là à espérer une extension de ce renvoi en interprétation sur la base conjuguée des articles 88-1 et 61-1, un pas important (et conscient) reste à franchir !

En dehors de ces deux hypothèses, le Conseil constitutionnel, tant que l'Union européenne n'évolue pas vers un système fédéral, considère qu'il est le seul interprète des dispositions constitutionnelles... Même si c'est une *fiction* car, dans bien des situations, cette interprétation est contaminée par l'ordre international.

1.2. De façon explicite encore, le Conseil constitutionnel s'appuie de manière partielle et erratique sur les normes internationales pour apprécier la constitutionnalité des normes contrôlées

Dans le raisonnement du Conseil constitutionnel, au stade de l'appréciation des éléments contrôlés, la vérité consiste à dire, me semble-t-il, que l'on a besoin du droit international pour apprécier la portée de la législation interne. En conséquence, notre Conseil est conduit à observer le paysage des normes internationales : quel sens ces dispositions, dont la valeur juridique n'est pas toujours identique, donnent-elles à la norme que l'on a sous les yeux et dont on apprécie la constitutionnalité ? Trois exemples illustrent, à des degrés divers, cet appui sur les normes internationales pour effectuer notre contrôle de constitutionnalité :

La décision du 2 mars 2004 sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité¹⁹³ : le droit international a contribué à l'appréciation de la constitutionnalité de la norme contrôlée concernant la définition de la criminalité organisée.

190. CC, décision n° 2014-694 DC du 28 mai 2014.

191. « *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne* » (art. 88-2 C).

192. Décision n° 2013-314 QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F.* (absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la CJUE).

193. CC, décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.





Le Conseil cite dans les motifs de sa décision la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, publiée en 2003. Il s'appuie sur la définition de la bande organisée adoptée par cette convention pour démontrer que la définition retenue dans le code pénal français n'est pas obscure : « 13 (...) qu'enfin, la convention susvisée des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ratifiée par la France, a adopté une définition voisine en invitant les États adhérents à prendre les mesures adéquates pour lutter efficacement contre tout « groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » ; 14. Considérant, dans ces conditions, que les infractions que le législateur a retenues sont rédigées en termes suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité ; qu'en particulier, n'est ni obscure, ni ambiguë l'expression « bande organisée », qui est définie par l'article 132-71 du code pénal comme « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions » et qui se distingue ainsi de la notion de réunion ou de coaction ».

La décision OGM de 2008¹⁹⁴ fait explicitement référence à la « définition communautaire » des OGM et de certains seuils : « 28. Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires qu'en faisant référence à la « définition communautaire », le législateur a entendu qu'en l'état actuel du droit, le pouvoir réglementaire prenne en considération, sans être tenu de le retenir, le seuil d'étiquetage fixé par les articles 12 et 24 du règlement 1829/2003 susvisé et par l'article 21 de la directive 2001/18/CE lorsque la présence d'organismes génétiquement modifiés autorisés est fortuite ou techniquement inévitable ». Le Conseil en déduit : « 29. qu'en encadrant ainsi le renvoi à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer les seuils susmentionnés et en faisant référence au droit communautaire, le législateur n'a ni méconnu l'étendue de sa compétence ni porté atteinte à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ».

Enfin, dans la décision de 2013 relative la lutte contre la grande délinquance économique et financière¹⁹⁵, le législateur avait prévu que les opérations réalisées par des entreprises localisées dans les États et territoires non coopératifs (ETNC) soient soumises à des mesures fiscales particulières avec augmentation des taux afin de lutter contre les paradis fiscaux. Mais le Conseil constitutionnel observe que « 51 (...) la France n'a, à ce jour, conclu aucune convention bilatérale comportant une clause particulière sur l'échange automatique d'informations répondant aux conditions posées par les dispositions contestées ; qu'en conséquence, en application de ces dispositions, un nombre important d'États et de territoires sera susceptible¹⁹⁶, de figurer sur cette liste des États et territoires non coopératifs ;

194. CC, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 28.

195. CC, décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, Rec. p. 1060.

196. « en l'absence de conventions passées au 1^{er} janvier 2016 ou en l'absence d'engagement de passer de telles conventions ou en l'absence d'interprétations des conventions existantes comme permettant





qu'en l'état, les conséquences qui résultent des nouveaux critères d'inscription d'un État ou d'un territoire sur cette liste revêtent, pour les entreprises qui y ont une activité, un caractère disproportionné à l'objectif poursuivi et sont de nature à entraîner une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ; que les dispositions de l'article 57 méconnaissent les exigences découlant de l'article 13 de la Déclaration de 1789 ». C'est donc l'absence de convention bilatérale qui justifie le caractère disproportionné de la mesure et sa non-conformité à la Constitution.

1.3. Le Conseil constitutionnel prend un appui total sur droit international au niveau procédural

En conformité avec l'article 6 de la Convention EDH et la jurisprudence de la Cour EDH, sur le droit à un procès équitable, le Conseil constitutionnel a fait découler de l'article 16 DDHC le principe du respect des droits de la défense qui implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties.

En lien avec la procédure juste et équitable, un règlement du Conseil constitutionnel a organisé une procédure spécifique pour la QPC, procès dans le procès. La procédure prévoit désormais des audiences auxquelles assistent les parties : de manière très explicite, elles y évoquent la puissance des normes internationales. Leurs références concernent surtout le TUE/TFUE, la Convention EDH, les pactes des droits civils et politiques ou des droits de l'enfant de l'ONU. Le droit international est donc bien vivant au cœur de nos procédures et de nos décisions, mais sans que jamais nous ne reconnaissons vraiment que nous statuons à la lumière de la jurisprudence qui applique les textes internationaux (Convention EDH ou Traité sur l'Union européenne).

2. La prise en compte implicite

Elle découle de l'étirement des dispositions internes, de l'établissement d'un rapport convergence/divergence et de la permanence d'un contact avec les textes internationaux dont témoignent nos documents internes.

2.1. L'étirement de dispositions constitutionnelles françaises

La Convention EDH est très souvent mobilisée. Les droits qui y sont reconnus ont progressivement conduit le Conseil constitutionnel à étirer les dispositions des textes internes, notamment celles qui sont issues de la DDHC de 1789 ou du préambule de 1946, pour les actualiser et conduire à une équivalence des droits, voire à une harmonisation matérielle des protections¹⁹⁷. Cela vaut pour le droit de mener une vie familiale normale, le droit au respect de la vie privée, la liberté du mariage, la dignité de la personne humaine, le pluralisme des courants de pensée et d'opinion, de nombreuses évolutions en matière pénale sur la motivation des arrêts, l'exigence d'impartialité et d'indépendance des juridictions.

l'échange automatique d'informations ».

197. A. Jauréguiberry, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA*, janvier-février 2013, p. 14.





2.2. L'établissement d'un rapport conscient divergence/convergence avec les juridictions internationales ou européennes

La priorité donnée à la convergence et à l'harmonisation des solutions n'exclue pas le choix de divergences précises.

a) La convergence recherchée

La valeur juridique de la Convention EDH est affirmée dans le cadre de l'article 6 du TUE. Des liens très étroits sont établis avec la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui conduisent parfois à une superposition du champ d'application des droits évoqués. Si le Conseil constitutionnel n'effectue pas de contrôle de conventionnalité, de fait, il veille constamment à la cohérence de sa jurisprudence notamment avec celle de la Cour EDH. C'est le cas dans de nombreux domaines qui concernent principalement la protection des libertés individuelles. Les normes de référence sont certes différentes, mais les contrôles sont proches. Le Conseil constitutionnel statue, sans encore accepter de l'écrire, « à la lumière de » la jurisprudence de la Cour EDH¹⁹⁸.

Trois exemples en témoignent :

-- Le contrôle sur les validations législatives : longtemps, le Conseil constitutionnel a appliqué, en matière de lois de validation, une jurisprudence qui laissait une liberté importante au législateur pour apprécier les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier une telle loi. Après la condamnation de la France par la Cour EDH¹⁹⁹, le Conseil constitutionnel a, dans une décision du 29 décembre 1999²⁰⁰, modifié sa jurisprudence pour assurer un contrôle plus approfondi des lois de validation, équivalent à celui opéré sur le fondement de la Convention EDH. La décision du 14 février 2014 sur le versement transport²⁰¹ a parachevé l'évolution de la jurisprudence du Conseil par une modification de son considérant de principe, en remplaçant la référence à un « *intérêt général suffisant* » par le fait que l'atteinte aux droits des personnes résultant de la loi de validation soit justifiée par un « *motif impérieux d'intérêt général* ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel a expressément entendu souligner la portée de son contrôle des lois de validation : assuré sur la base de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; il a la même portée que le contrôle exercé sur le fondement des impératifs qui résultent de la Convention EDH. Désormais, les exigences constitutionnelles et conventionnelles se rejoignent entièrement. Cette identité des contrôles est porteuse de sécurité juridique.

-- Le principe d'« *espérance légitime* » issu de la Cour EDH et de la CJUE a été introduit, sous la forme de l'atteinte aux effets légitimement attendus, pour la première fois dans l'examen du PLFSS pour 2014²⁰². Cette novation créatrice ouvre des perspectives nouvelles de contrôle.

198. V. l'intervention de M. Olivier Dutheillet de Lamothe sur « Le contrôle de conventionnalité » lors de la visite à la Cour constitutionnelle italienne le 9 mai 2008, et publiée sur le site du Conseil constitutionnel.

199. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski c. France*.

200. CC, décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*.

201. CC, décision n° 2013-366 QPC du 14 février, *SELARL PIA, ès qualités de liquidateur de la société Mafrow France* (validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « *versement transport* »).

202. CC, décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014* : « 14. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant,





-- La liberté individuelle accentue ces rapprochements : à titre d'exemple, l'arrêt *Ravon* de 2008, sur la protection du domicile, est sollicité à l'occasion de nombreuses décisions²⁰³, y compris lors du contrôle de la loi sur la géolocalisation²⁰⁴. Même sans qu'il y soit fait de référence explicite, chaque décision est désormais prise en examinant les jurisprudences européennes. Les droits et libertés garantis par la Constitution et par la Convention sont aujourd'hui proches. Cette proximité a des conséquences : une décision du Conseil constitutionnel ayant été prise en tenant compte de la jurisprudence de la Cour EDH, elle doit bénéficier d'une présomption de conventionnalité. Seuls de très sérieux motifs peuvent conduire à envisager de renverser cette présomption pour opposer protection constitutionnelle et conventionnelle. La clarté exigerait cependant que ce processus fut écrit dans les décisions du Conseil Constitutionnel.

b) La divergence assumée

Le souci de cohérence ne doit pas nécessairement conduire à une superposition parfaite. Elle autorise, au contraire, quelques divergences choisies de manière singulière. C'est le cas, de manière relative avec le principe *Non bis in idem* qui figure dans la Convention EDH et la Charte européenne des droits fondamentaux et auquel les arrêts *Zolothoukine* et *Grande Stevens* ont conféré une portée accentuée.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le cumul des sanctions. Dès la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982²⁰⁵ sur la loi sur les prix et les revenus, il juge que, s'agissant du cumul de peines, l'adage *non bis in idem* n'a pas valeur constitutionnelle et qu'il peut donc y être dérogé par une loi.

En présence d'un cumul de sanctions administrative et pénale, le Conseil constitutionnel réalise un contrôle de proportionnalité, ainsi qu'en témoigne notamment sa décision du 28 juillet 1989²⁰⁶. Cette jurisprudence a encore été réitérée récemment lors de l'examen des dispositions du code des juridictions financières, et spécifiquement de l'article L. 314-18, permettant un cumul non seulement entre les poursuites disciplinaires spéciales devant la Cour de discipline budgétaires et financière et les autres poursuites disciplinaires, mais également entre ces deux types de poursuites disciplinaires et des poursuites pénales. Le Conseil a jugé que « le principe d'un tel cumul des sanctions prononcées par une juridiction disciplinaire spéciale avec celles prononcées par une juridiction pénale ou une autorité disciplinaire n'est pas, en lui-même, contraire au principe de proportionnalité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration de

d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ».

203. CC, décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, *Société Wesgate Charters Ltd* (Visite des navires par les agents des douanes), cons. 7 et 8.

204. CC, décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*.

205. CC, décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, notamment ses articles 1, 3 et 4.

206. CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 22.





1789²⁰⁷ », et il a assorti la déclaration de conformité de la disposition contestée de sa réserve d'interprétation habituelle découlant de l'application du principe de proportionnalité en cas de cumul de sanctions.

Dans la récente décision *EADS* de mars 2015, le Conseil constitutionnel a spécifiquement étudié les sanctions administrative de manquement d'initié et pénale de délit d'initié. À la suite d'un triple examen précis portant sur la définition, les finalités, la nature des sanctions, nous avons constaté que délit d'initié et manquement d'initié ne peuvent pas être regardés comme de nature différente en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction. Dès lors, le cumul méconnaît le principe de nécessité des délits et des peines. Le Conseil constitutionnel a donc déclaré ces dispositions comme contraires à la Constitution²⁰⁸.

Un pas a donc été franchi en direction de la Cour EDH. Il eut certes pu être plus explicite sur la valeur constitutionnelle du principe *Non bis in idem* pour des sanctions de nature pénale, mais il a le mérite d'exister. Nous attendons donc un pas de la Cour EDH en retour sur ce sujet !

2.3. Un contact permanent dont témoignent les documents internes

La permanence de l'exigence comparatiste est bien réelle ! De manière implicite, les références aux textes internationaux et jurisprudences des cours étrangères, que nous omettons de signaler, sont partout présentes.

Si dans la décision *Mariage pour tous*²⁰⁹, il n'est explicitement fait aucune référence aux textes internationaux, l'audience, la note juridique du Secrétariat général du Conseil constitutionnel, nos débats montrent à quel point leur connaissance a constitué une étape indispensable de notre raisonnement. Les décisions des cours constitutionnelle espagnoles, nordiques ou de la Cour EDH facilitent les regards croisés indispensables pour notre réflexion. Parmi ces documents internes, certains sont déjà publiés (les commentaires, les dossiers documentaires, etc.). Les références au droit international y sont présentes, illustratrices ou identificatrices. D'autres ne seront rendus publics que dans vingt-cinq ans : les rapports des rapporteurs, les mémoires des parties ou notes du Secrétariat général du Gouvernement.

Prises au hasard, deux décisions publiées le 9 avril 2015, veille de ce colloque, sont l'illustration de cette présence réelle mais trop implicite du droit international :

- La décision n° 2015-463 QPC²¹⁰ sur la condition de nationalité française permettant d'interdire l'accès aux professions destinées à l'exercice d'activités de surveillance et de gardiennage aux étrangers non européens. Ont été évoqués par le Premier

207. CC, décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, *M. Stéphane R. et autres* (Cour de discipline budgétaire et financière), cons. 36 et 37.

208. CC, décisions n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, du 18 mars 2015, *M. John L. et autres* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié].

209. CC, décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

210. CC, décision n° 2015-463 DC du 09 avril 2015, *M. Kamel B. et autre* (Direction d'une entreprise exerçant des activités privées de sécurité - Condition de nationalité).





ministre, ainsi que par le rapporteur en délibéré, différents textes internationaux consacrant le droit au travail ou interdisant les discriminations qui réservent la faculté pour les États de prévoir une telle clause de nationalité : la convention internationale n° 111 de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi ou de profession ; le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et celui relatif aux droits civils et politiques ; les directives européennes dont celle du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers qui prévoit que l'État membre peut limiter l'égalité de traitement avec ses ressortissants en maintenant des restrictions à l'accès à l'emploi. Ont également été citées différents arrêts de la CJUE. L'ensemble de ces références nous a permis d'affermir notre décision.

- La décision n° 2015-464 QPC²¹¹ à propos du délit d'obstacle au droit de visite par l'administration en matière d'urbanisme : les avocats dans leurs mémoires et leurs plaidoiries ont évoqué à nouveau l'article 8 de la Convention EDH sur le droit au respect du domicile et les différents arrêts de la Cour EDH sur ce sujet. C'est donc en parfaite connaissance de cause que nous avons rendu une décision de conformité qui déboute le requérant.

Ces différentes références sont sollicitées par les différentes parties, y compris dans le délibéré, de sorte que nous veillons à ne pas être en contradiction avec ces textes. Elles fondent pour partie notre raisonnement. Mais il n'en paraît rien : nulle trace de cela dans nos décisions !

Conclusion

Dans sa relation avec les textes de droit international ou européen, le Conseil constitutionnel a une approche *pragmatique* : nous sommes dans la situation ni de nous interdire, ni de nous obliger en toute hypothèse à le prendre ou non en considération. On se sert parfois du droit européen et international : pour apprécier, de manière très restreinte, le cadre constitutionnel (transposition des directives, recours préjudiciel, etc.) ou pour apprécier la portée de la norme contrôlée.

Mon souhait, qui n'est pas nécessairement celui de l'institution à laquelle j'appartiens, serait d'aller vers une approche plus audacieuse. L'audace n'exclue ni le respect de la construction historique de notre système juridique, ni celui de l'architecture juridique qui s'est progressivement mise en place, ni celui des autres juges. Ni omission, ni action limitée, mais une pensée à construire en dialogue avec les autres juges.

Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Merci infiniment de cet exposé qui a été suivi avec énormément d'intérêt car il a permis de mieux comprendre beaucoup de choses et de lever, dans le respect du délibéré, certains coins du voile et de voir que souvent l'implicite est plus important que l'explicite.

211. CC, décision n° 2015-464 QPC du 9 avril 2015, *M. Marc A.* (Délit d'obstacle au droit de visite en matière d'urbanisme).





Nicolas Maziau

Chargé de mission du Premier président de la Cour de cassation

Mon intervention est consacrée aux défis posés par l'extraterritorialité du droit. Je parlerai donc assez peu de la jurisprudence de la Cour de cassation, puisqu'en réalité ce à quoi je vous invite est plutôt un voyage dans le droit comparé, avec la jurisprudence française quand elle existe, mais aussi les jurisprudences américaine et européenne et celles des cours étrangères.

L'extraterritorialité du droit est un phénomène complexe dans ses manifestations, que l'on définira, à partir des travaux de Jean Salmon²¹², comme une situation dans laquelle les compétences d'un État, qu'elles soient législatives, juridictionnelles ou exécutives régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire de cet État. On constatera aussi que l'extraterritorialité du droit est, pour ainsi dire, à la mode. Il en a été beaucoup question dans les années 1980 lorsque des affaires antitrust ont été jugées par les juridictions américaines ou européennes, ou encore avec le contentieux de la construction du gazoduc euro-sibérien.

Il en a été encore question dans les années 1990 avec le vote aux États-Unis des lois imposant un régime de sanction contre Cuba, l'Iran et la Lybie, puis également contre le Soudan et, en réponse, l'adoption par la Communauté européenne d'un règlement européen de blocage, que l'on a appelé également « *législation miroir* »²¹³.

Cette thématique a surgi à nouveau dans le débat juridique à l'occasion de l'affaire BNP Paribas. La première banque européenne a, en effet, fait l'objet en 2014 d'une procédure de « *plaider coupable* », conduisant à une amende de près de neuf milliards de dollars²¹⁴ qui pose question au regard du champ d'application du droit américain. Cet exemple très parlant par les conséquences qu'il implique : financières, économiques et juridiques, place à nouveau la question de l'extraterritorialité au centre des débats.

La doctrine s'est penchée sur cette question et a tenté d'en déterminer les contours. Parmi tous les travaux qui ont été menés sur ce thème, je ne rappellerai que ceux de Brigitte Stern qui ont fait date par leur effort de théorisation du concept lui-même. La problématique de l'extraterritorialité du droit revient en force avec l'approfondissement de la globalisation et les tensions qu'elle provoque en retour. Un des phénomènes les plus marquants est que l'extraterritorialité du droit n'est pas seulement un outil de régulation économique globale ou un moyen de défense des intérêts collectifs, mais également, et c'est particulièrement prégnant aujourd'hui, un instrument puissant de prise en compte et de promotion des droits de l'homme. C'est le domaine où elle se développe le plus.

En effet, si l'on examine les principales manifestations d'extraterritorialité et le débat autour de celles-ci, elles apparaissent comme l'une des solutions possibles

212. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, éd. Bruylant/Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491.

213. Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant.

214. L'amende infligée au Crédit agricole en octobre 2015 pour des faits assez similaires de violation de l'embargo américain vis-à-vis de certains pays est dans le même esprit.





pour mieux organiser, voire mieux ordonnancer la mondialisation en obligeant les acteurs les plus influents de celle-ci à prendre en compte plus sérieusement les droits humains. On pensera à cet égard aux entreprises multinationales qui ont un rôle particulièrement important en ce domaine.

Brigitte Stern a pu très justement souligner en 1992, et de façon assez prémonitoire, que l'application extraterritoriale du droit pose problème aujourd'hui ; l'un des principaux enjeux politiques étant de savoir qui de l'État d'origine ou de l'État d'accueil va contrôler les firmes multinationales²¹⁵. Cette question est plus que jamais d'actualité.

C'est sous l'angle des droits de l'homme appliqués aux entreprises que cette demande s'exprime le plus nettement. On pense ainsi aux principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dits « *principes Ruggie* », qui ont été adoptés en 2011 par l'ONU et ont largement contribué au développement de ce mouvement. La mise en œuvre des principes directeurs fait l'objet d'un large débat, international et national, avec la plateforme qui a été mise en place par le Gouvernement pour organiser la transposition des principes directeurs ; ce qui donne lieu à un débat parfois assez vif entre les représentants de la société civile et ceux des entreprises multinationales²¹⁶.

La question fondamentale qui se pose est de savoir jusqu'où envisager l'affirmation de compétence de l'État et de ses organes sur des situations intervenues à l'étranger et présentant un lien de rattachement très limité avec lui. On pense aux affaires contentieuses multiples dites « à triple facteur d'*extranéité* », (en anglais, « *foreign cubed case* »), qui se présentent ici ou là et à propos desquelles s'affirmerait une sorte de compétence universelle absolue. Dans ce cadre, il faut s'interroger sur la licéité d'une telle extraterritorialité dès lors que le lien de rattachement avec l'État se distend significativement.

L'extraterritorialité du droit évolue en même temps que la globalisation. Elle est peut-être d'autant plus significative qu'elle se manifeste de manière plus forte aujourd'hui. Les textes qui la portent – certains pouvant être anciens : le juge Breyer a ainsi évoqué l'« *Alien Tort Statute* » qui date de 1789 –, parfois combinés à d'autres mécanismes, peuvent conduire à une forme d'extraterritorialité renforcée qui bouscule notre conception traditionnelle de la souveraineté.

Pour répondre aux besoins exprimés déjà évoqués (régulation économique, défense des intérêts collectifs et, surtout, protection des droits de l'homme), l'extraterritorialité se développe selon deux axes. La puissance publique, qu'elle soit gouvernement, législateur ou juge, y recourt pour la défense des intérêts collectifs ou la meilleure protection des droits de l'homme (1) ; la sphère privée l'utilise pour assurer une meilleure sécurité juridique dans les relations économiques (2).

215. B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, vol. 32, 1986, p. 7-52 ; B. Stern, « L'extra-territorialité revisitée : où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de Bois* et de quelques autres », *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, p. 239.

216. Plateforme nationale d'actions globales pour la responsabilité sociétale des entreprises rattachée au Premier ministre via le Commissariat général France Stratégie : <http://www.strategie.gouv.fr/travaux/instances/plateforme-RSE>





1. - L'extraterritorialité, moyen d'action de la puissance publique

Elle s'exprime de deux manières : l'extraterritorialité normative, c'est-à-dire de la norme elle-même, et l'extraterritorialité juridictionnelle, c'est-à-dire celle qui est produite par le juge.

1.1. - L'extraterritorialité normative

Elle désigne la compétence extraterritoriale appartenant aux organes publics normateurs, c'est-à-dire le législateur ou le Gouvernement. Dans ce cas, on parle de situation d'application extraterritoriale directe du droit ; elle implique, évidemment, des effets juridiques directs en dehors du territoire. On peut distinguer deux cas qui ne dépendent pas de la nature du pouvoir normateur, mais de la nature de la norme elle-même. La norme elle-même est une loi de fond ou constitue une loi de procédure.

Les exemples illustrant le premier cas sont multiples. On pourrait citer l'article 225 de la loi dite « Grenelle II » qui a des effets extraterritoriaux dans les obligations imposées aux entreprises en matière de compte-rendu d'activité, de rapports concernant les activités de leurs filiales en matière d'emploi, d'organisation du travail, de santé et tout autre aspect touchant les droits de l'homme en général.

Il en ira de même si la récente proposition de loi adoptée à l'Assemblée nationale relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, formulée suite au drame du Rana Plaza au Bangladesh en 2013, va au terme du processus législatif. Cette loi imposera par des effets extraterritoriaux assez significatifs l'obligation pour les entreprises multinationales d'adopter un plan de vigilance qui devra rendre compte des activités des filiales, sous-filiales et des fournisseurs de ces entreprises à l'étranger. S'agissant de cette proposition de loi, on peut d'ailleurs se demander si l'impact que cette nouvelle législation est susceptible d'avoir sur les entreprises françaises a été véritablement mesuré. La volonté d'exemplarité n'aura-t-elle pas des effets préjudiciables allant à l'encontre du but recherché ?²¹⁷

Second cas, l'extraterritorialité réside dans des dispositions procédurales. La procédure américaine de « *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* », qui est un accord de poursuite négociée, ouverte contre des personnes physiques et, plus souvent, des personnes morales pour violation de la loi, revêt une dimension extraterritoriale dont les procédures menées à l'encontre de nombreuses sociétés étrangères pour des faits intervenus à l'étranger permettent de prendre la mesure. Cette procédure relève du ministère public. Elle conduit la personne en faisant l'objet à reconnaître sa responsabilité sans reconnaissance de culpabilité, dans la commission de faits répréhensibles, et suppose la mise en place d'un programme de « *compliance* », ou *conformité*, visant à s'assurer que le problème ne pourra pas se reproduire. Cette procédure s'accompagne, dans un certain nombre de cas, de la mise en place, lorsqu'il s'agit d'une société, d'un « *monitoring* », c'est-à-dire d'un processus de *suivi interne* par la désignation d'un tiers, le moniteur, qui apparaît très intrusif dans le fonctionnement de l'entreprise et conduit à la mise en œuvre

217. P-L. Périn, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse, mal étirent », *RTDCom*, avril-juin 2015, pp. 215-224.





extraterritoriale de mécanismes de surveillance juridique. Le DPA est utilisé comme instrument de contrôle des entreprises qui en font l'objet, notamment dans le cas de la répression des faits allégués de corruption.

Lorsque la loi de fond, qui sous-tend la mise en œuvre de la procédure, est elle-même à portée extraterritoriale comme c'est le cas de la loi américaine de lutte contre la corruption, le « *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* », l'effet extraterritorial est alors maximal. Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer aux récentes procédures qui ont été engagées contre les sociétés françaises Total ou Alstom pour des opérations opérées par des filiales de ces sociétés, pour des opérations hors des États-Unis avec des interlocuteurs non Américains. La combinaison de la nomination d'un moniteur, nommé en application de la loi DPA, plus l'application de la loi contre la corruption FCPA conduisent à une situation de forte extraterritorialité du droit américain qui impacte évidemment fortement le fonctionnement de ces entreprises²¹⁸.

À ce stade, on peut évoquer brièvement l'affaire BNP Paribas²¹⁹. Est-ce un cas d'extraterritorialité du droit américain ? Oui et non. Non, parce qu'il y a un lien de rattachement avec les États-Unis par l'intermédiaire des opérations de compensation bancaire qui ont été effectuées sur le sol américain par les filiales de BNP Paribas. Oui, parce que le cadre législatif qui sous-tend les poursuites se rattache aux lois de sanction contre Cuba, le Soudan, etc. qui sont des lois à portée extraterritoriale. Dans cette situation, la toile de fond est bien extraterritoriale alors que le cadre lui-même est territorial.

1.2. - L'extraterritorialité juridictionnelle

Il y a de nombreux exemples qui montrent comment le juge international ou national s'engage sur la voie de l'extraterritorialité par son pouvoir d'interprétation de la norme de fond. On pourrait évoquer l'arrêt *Jaloud contre Pays-Bas*²²⁰ rendu par la Grande chambre de la Cour EDH le 20 novembre 2014. Cette affaire est un exemple d'application extraterritoriale des garanties offertes par la Convention EDH par application de l'article 1 de ladite Convention pour des faits survenus en Iraq, impliquant des soldats hollandais et irakiens durant des opérations militaires survenues dans ce pays.

L'affaire *Google Spain*²²¹ jugée par la Grande chambre de la CJUE est très significative également. Au cas d'espèce, la Cour de Luxembourg pratique une sorte d'application extraterritoriale de la directive n° 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. L'application extraterritoriale de la directive est assez

218. A. Mignon Colombet et F. Buthiau, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée : punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G*, 2013, doct. 359.

219. *Release of the Department of Justice*, « BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 Billion for Illegally Processing Financial Transactions for Countries Subject to U.S. Economic Sanctions », 30 juin 2014, <http://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial>

220. CEDH, Gde ch., 20 novembre 2014, *Jaloud c. Pays-Bas*, req. 47708/08.

221. CJUE, Gde ch., aff. C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*.





audacieuse de la part de la Cour de justice et permet, *in fine*, d'attirer devant la justice espagnole la société mère *Google Inc.* qui n'était pas immédiatement concernée par le différend soulevé devant elle.

L'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis, *Kiobel contre Shell*, du 17 avril 2013²²² évoqué dans le cadre de la première table-ronde, est très intéressant au regard de la problématique de l'extraterritorialité. Il témoigne *a contrario* de la grande réticence du juge américain à une application extraterritoriale de l'« *Alien Tort Statute* », dictée en partie par sa considération pour le principe de courtoisie internationale. La juridiction suprême américaine considère qu'il y a une présomption contre l'application extraterritoriale de l'« *Alien Tort Statute* » de telle sorte que c'est au plaignant de renverser cette présomption par des éléments de nature à prouver que le juge peut se reconnaître compétent pour appliquer les principes posés par cette loi.

Dans d'autres cas, le juge s'interroge sur le périmètre de sa compétence juridictionnelle personnelle.

Le jugement du Tribunal de La Haye, *Akpan contre Shell* du 30 janvier 2013²²³, s'inscrit dans ce cas de figure. Les faits ressemblent étrangement à l'affaire *Kiobel contre Shell* : même situation, même pays, même type de victime mais le juge hollandais n'a pas eu la pudeur du juge américain. Il s'appuie sur des jurisprudences étrangères (un arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles du 25 avril 2012 *Chandler v. Cape*²²⁴ qui consacre l'émergence de la notion du devoir de diligence/responsabilité (en anglais, « *duty of care* ») à l'égard des sociétés-mères ; l'arrêt *Painer* de la CJUE du 1^{er} décembre 2011²²⁵ à partir duquel il déduit qu'il était prévisible que la filiale de *Shell Nigéria* soit attirée devant le juge hollandais pour répondre des faits de pollution au Nigéria) pour conclure finalement que cette affaire pouvait être jugée devant lui au titre de l'article 7 du code de procédure civile hollandais, alors même que les faits en cause présentent un lien de rattachement assez faible mais, selon lui, suffisant avec son prétoire, le lien de connexité étant incontestable entre *SPDC*, filiale du groupe *Shell* et sa maison mère, *Royal Dutch Shell* attirée devant le juge du *for*.

En miroir, l'affaire *Daimler contre Bauman*²²⁶ jugée par la Cour suprême des États-Unis le 14 janvier 2014 témoigne que la Cour suprême, peut-être d'avantage que le Gouvernement américain ou que le Congrès des États-Unis, est bien consciente de l'enjeu de l'application extraterritoriale du droit américain dans des situations où sont mises en cause des sociétés multinationales étrangères pour des faits survenus à l'étranger contre des victimes étrangères. Elle réitère sa réticence à l'application du droit américain à des situations marquées par une triple extranéité pour exclure, dans cette affaire, la compétence juridictionnelle personnelle du juge fédéral.

222. Cour suprême des États-Unis, *Kiobel c. Royal Dutch Shell Petroleum and co*, 17 avril 2013 (569 US -2013).
223. V. M.-J. van der Heijden, « *Unique case against Shell – the first Dutch foreign direct liability case* », 8 février 2013, School of Human Rights Research, Leiden; <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2013/02/08/%EF%BB%BFunique-case-against-shell-the-first-dutch-foreign-direct-liability-case>.

224. *Court of Appeal of England and Wales*, 25 avril 2012, *Chandler v. Cape*, [2012] EWCA Civ 525.

225. CJUE, aff. C-145/10, 1^{er} déc. 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard Verlags GmbH et a.*

226. Cour suprême des États-Unis, 14 janv. 2014, *Daimler AG c. Bauman et autres*, 571 US -2014, n° 11-965.





2. - L'extraterritorialité, gage de sécurité juridique, pour la sphère privée

Deux types de situations différentes se présentent : l'extraterritorialité contractuelle et le cas des codes d'éthique d'entreprise.

2.1. - L'extraterritorialité tend à se développer au rythme de la mondialisation puisqu'il n'est pas rare que les acteurs privés, dans le cadre de leurs activités internationales, imposent à leurs cocontractants les normes du pays dont ils sont originaires ou les normes du modèle dominant dans la matière dans laquelle ils interviennent. C'est ainsi que l'on constate que les banques ou les compagnies d'assurance, comme toutes les entreprises multinationales fournisseuses de service, sont amenées à proposer à leurs clients, où qu'ils soient dans le monde, des clauses contractuelles extraterritoriales standardisées. L'extraterritorialité de ce type de droit contribue à la concurrence des droits et des modèles juridiques et, en réalité, à l'uniformisation progressive du droit sous une forme nouvelle et originale de *lex mercatoria*.

Cela pose alors le problème des *clauses de soumission* lorsque, dans certains domaines, les États encouragent systématiquement les acteurs privés à adopter certaines normes. La liberté contractuelle est alors toute relative et de nature à contrarier l'État récepteur à imposer certaines normes d'ordre public qu'il estime obligatoires, de telles clauses pouvant apparaître comme contraires au droit international public.

À cet égard, l'affaire *Schrems contre Facebook* jugée par la CJUE²²⁷, dans laquelle une contestation a été soulevée à propos du dispositif européen de transfert vers les États-Unis de données personnelles ainsi que des clauses qui sont imposées par cette société aux internautes qui utilisent ses services, est particulièrement révélatrice. Elle pose le problème de l'équivalence de protection face à des clauses d'entreprises susceptibles de heurter les droits tels qu'il sont garantis par la Charte européenne des droits fondamentaux.

2.2. - La norme extraterritoriale puise sa source également dans la « *soft law* », le droit souple. Les codes d'entreprises sont un exemple particulièrement révélateur de l'évolution du droit souple et de sa juridicité potentielle. Il s'agit de règles internes que les entreprises adoptent pour leur fonctionnement interne. Ces codes se développent dans les grands groupes et sont de plus en plus exportés des sociétés-mères vers leurs filiales, nationales ou étrangères.

Ce phénomène s'amplifie au fur et à mesure que les entreprises internationales prennent conscience de l'importance, pour leur image, de transposer dans leur

227. À cet égard, la CJUE a déclaré le 6 octobre 2015 « *invalide* » le cadre juridique de la *sphère de sécurité* (en anglais, « *Safe Harbor* ») qui couvre le transfert de données personnelles de l'Union européenne vers les États-Unis, dans une affaire où la société *Facebook* est impliquée. La CJUE juge notamment le « *Safe Harbor* » incompatible avec le droit européen sur la protection des données personnelles. La Cour a ainsi donné raison à l'Autrichien Max Schrems qui contestait une décision de la Commission européenne, datant de 2000, qui estimait que les États-Unis assuraient un « *niveau de protection adéquat* » aux données à caractère personnel transférées. V. CJUE, Gde Ch., aff. C-362/14, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*.





droit interne les « *principes Ruggie* ». Le principe n° 16 des principes directeurs²²⁸ est le texte de référence en ce domaine.

Ce mouvement conduit à donner aux codes de conduite une portée extraterritoriale, et à leur accorder une valeur juridique effective qui va au-delà de la simple recommandation que les sociétés pensaient leur accorder initialement. Le mode de rédaction du code est, à cet égard, essentiel pour déterminer la nature véritable du texte. S'agit-il simplement d'un engagement moral de faire ou de ne pas faire, ou d'une obligation ?

Cette question n'est pas purement hypothétique. On se souviendra que dans l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'affaire *Erika*²²⁹ en 2012 à propos de l'affaire *Total*, la Cour de cassation a relevé la juridicité du code de « *vetting* », c'est-à-dire des règles de sécurité dont s'est dotée l'entreprise dans le traitement de ses navires, lequel code a notamment permis de fonder les poursuites pénales contre la société *Total*.

L'affaire dite du « *Tramway de Jérusalem* » dans laquelle l'association France Palestine Solidarité et l'OLP ont invoqué la violation par les sociétés *Veolia environnement* et *Alstom* de la juridicité de leurs codes d'entreprise est un autre exemple. Dans un arrêt du 22 mars 2013²³⁰, la cour d'appel de Versailles a dénié aux codes d'entreprise une quelconque force juridique contraignante ; elle s'est fondée pour cela sur une analyse *in concreto* des termes retenus par ces textes.

La Cour de cassation a validé cette approche en déclarant le pourvoi des plaignants non admis dans un arrêt du 25 juin 2014. Il n'en reste pas moins que le problème est posé et se représentera. La portée extraterritoriale des codes d'éthique expose les entreprises à des risques juridiques d'autant plus importants que la jurisprudence évoluera en faveur de la reconnaissance de leur portée juridique.

En forme de conclusion, apparaît la question de la licéité de l'extraterritorialité. Comment la justifier ? Analysant une situation tout à fait comparable à celle des affaires *Akpan contre Shell* et *Daimler contre Bauman*, Brigitte Stern relève qu'il se pourrait que le droit international admette la simple imputation extraterritoriale transfrontière des actes commis par un sujet de droit relevant de la compétence

228. « Pour pouvoir ancrer leur responsabilité quant au respect des droits de l'homme, les entreprises doivent formuler leur engagement de s'acquitter de cette responsabilité par le biais d'une déclaration de principe qui : a) Est approuvée au plus haut niveau de l'entreprise ; b) Est établie en recourant aux compétences internes et/ou externes voulues ; c) Énonce ce que l'entreprise attend du personnel, des partenaires commerciaux et d'autres parties directement liés à ses activités, produits et services dans le domaine des droits de l'homme ; d) Est accessible au public et fait l'objet d'une communication interne et externe au profit de l'ensemble du personnel, des partenaires commerciaux et d'autres parties concernées ; e) Est reprise dans les politiques et procédures opérationnelles afin d'être incorporée d'un bout à l'autre de l'entreprise ». (principe Ruggie n° 16, Principes opérationnels - Engagement politique). V. doc. du 21 mars 2011 intitulé : Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, sur les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies.

229. Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

230. Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013, R.G. n° 11/05331.





de l'État où est effectuée cette imputation, alors qu'il pourrait être plus réticent à reconnaître l'extension extraterritoriale des compétences d'un État à des situations n'ayant ni lien direct, ni lien national avec lui.

En effet, derrière le développement de l'extraterritorialité du droit, mue par les espoirs qu'elle suscite en termes de recherche de régulation, de défense des intérêts collectifs ou de meilleure protection des droits de l'homme – et non sans provoquer un vaste phénomène d'élection de juridictions (en anglais, « *forum shopping* ») qui est encouragé par les ONG –, la ligne directrice retenue par le juge, qui *in fine* a la responsabilité de faire appliquer la loi, doit être de veiller à l'existence d'un véritable lien de rattachement qui en fonde la légitimité lorsque celle-ci est susceptible d'avoir une portée extraterritoriale. C'est la condition nécessaire de sa conformité au droit international public.

Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Merci pour cet exposé d'une très grande richesse. Par certains exemples, très bien choisis, vous avez su monter la réalité de l'extraterritorialité dans beaucoup d'hypothèses et les exemples que vous avez cités ont permis d'avoir une vision de phénomènes très complexes.

Suzanne von Coester

Rapporteur public à la section du contentieux du Conseil d'État

La portée de la norme internationale dans l'ordre juridique interne est souvent abordée en termes de hiérarchie des normes, ne serait-ce que pour constater que l'ordre pyramidal a laissé place au « *mobile de Calder* » évoqué précédemment.

Or, la question de l'application et de la force juridique de la norme internationale renvoie aussi à notre office. Notre office à nous, juges nationaux, lorsque nous sommes saisis de moyens tirés de sa méconnaissance et invités à prendre en considération la chose jugée dans l'ordre international.

1 – L'application de la norme internationale ne saurait se concevoir sans tenir compte de l'office propre du juge.

Le juge a certes vocation à faire respecter la hiérarchie des normes : il est heureux qu'au Conseil d'État, dépassant des réticences qui tenaient à la conception que nous nous faisons de notre office, nous ayons enfin jugé bon de donner toute sa portée au principe de primauté des normes internationales sur la loi, consacré dans notre ordre interne par la Constitution. Mais jusqu'aux décisions *Jacques Vabre*²³¹ et *Nicolo*²³², il aura fallu beaucoup de temps, fait d'acclimatation de la norme internationale et aussi de jurisprudence des cours internationales, pour que le juge national en vienne à s'estimer habilité à écarter la loi postérieure. Par ce saut, qualifié par certains de révolution copernicienne²³³, le juge repense son office.

231. C. Cass., Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société Café Jacques Vabre*, Bull. Civ.

232. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108243, au recueil.

233. Conclusions du président Stahl sous la décision d'Assemblée *Aggoun* du 5 mars 2003, n° 242860, au recueil.





Les juges n'en restent pas moins contraints par les limites de leur compétence sinon de leur office respectif. Il n'incombe pas au Conseil d'État de contrôler la constitutionnalité de la loi, tandis que le Conseil constitutionnel se refuse pour sa part à contrôler la compatibilité de la loi avec les engagements internationaux et européens de la France, ainsi qu'il l'a rappelé dans sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, rendue moins d'un mois après que la Cour de cassation suggérait une possible évolution sur ce point. C'est dans ce cadre que chacun fait respecter la Constitution, dont il découle notamment « *qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application des conventions internationales dans leurs compétences respectives* »²³⁴ et, s'agissant du droit de l'Union, que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* »²³⁵ ou si elle allait « *à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »²³⁶.

L'application du droit dérivé de l'Union européenne l'illustre, en donnant lieu à une jurisprudence d'apparence quelque peu acrobatique mais qui repose bien sur quatre pieds :

-- Le contrôle par le juge administratif de la légalité des actes réglementaires, qui permet d'admettre l'opérance de moyens tirés de la méconnaissance de principes ou dispositions à valeur constitutionnelle, même à l'encontre d'un acte réglementaire transposant directement les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive ;

-- L'obligation constitutionnelle de transposition des directives, qui exige des modalités particulières de contrôle de ces actes, en passant autant que possible par la confrontation à une règle du droit de l'Union d'effet équivalent à celui de la disposition constitutionnelle invoquée, le cas échéant après saisine de la CJUE (ainsi que décidé dans l'affaire *Arcelor*²³⁷, sur la question de savoir si la différence de traitement instituée par la directive était objectivement justifiée) ; c'est ainsi que le Conseil d'État se retrouve juge de la constitutionnalité des directives, par le détour des normes équivalentes en droit de l'Union ;

-- La suprématie dans l'ordre interne des « *principes inhérents à l'identité constitutionnelle* », qui justifie de réserver l'hypothèse d'une transposition portant atteinte à un principe inhérent à cette identité et sans équivalent dans le droit de l'Union, dans le sillage des décisions du Conseil constitutionnel de 2004 et 2006 ;

-- Enfin, l'absence de contrôle par le juge administratif de la constitutionnalité de la loi, qui conduit à écarter un moyen d'inconstitutionnalité d'un acte réglementaire se bornant à réitérer des dispositions législatives de transposition d'une directive ; étant entendu que la loi ne fait écran qu'à l'égard de ces dispositions et non à l'égard de celles prises pour l'application de la loi²³⁸.

234. C. Cons., 3 septembre 1986, décision n° 86-216 DC.

235. C. Cons., 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC.

236. C. Cons., 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC.

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

238. CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie*, n° 347870-347871, au recueil.





Contraint par son office, le juge s'en fait cependant une conception qui a considérablement évolué.

Il a été question du chemin parcouru pour surmonter les réticences initiales du juge administratif à écarter les lois contraires aux traités lorsqu'elles leur étaient postérieures, par déférence pour la loi. L'audace consacrée par la décision *Nicolo* est désormais partagée par le juge du référé-liberté, comme en rend compte l'affaire *Lambert*²³⁹.

Il y a eu bien d'autres évolutions également significatives, notamment quant au partage entre la fonction juridictionnelle et la fonction diplomatique.

On sait que la jurisprudence sur l'effet direct des normes conduit désormais, depuis l'arrêt *GISTI*²⁴⁰, à ne plus s'en tenir à la seule lettre des stipulations, mais à se référer à l'intention des parties et à l'économie générale du traité, pour admettre qu'elles puissent conférer des droits aux particuliers, en dépit de la désignation des États comme seuls sujets de l'obligation conventionnelle.

Cette évolution peut être rapprochée de l'abandon de la retenue qui s'imposait initialement sur la ratification, l'interprétation et le conflit des traités, assimilés à des actes de gouvernement et laissés à l'appréciation des négociateurs.

S'agissant du conflit de normes, il faut relire les conclusions de Julien Boucher sur l'affaire *Kandyrine*²⁴¹ : il rappelle on ne peut plus clairement « l'erreur de perspective » initiale²⁴², qui consistait à raisonner en termes de « validité » de la norme internationale, en fonction de sa conformité à d'autres normes internationales. Or, en présence de plusieurs normes internationales, il relève bien de l'office du juge de chercher à les articuler. C'est ce changement de perspective qui a conduit le Conseil d'État à aborder la question en termes de conciliation de normes non hiérarchisées entre elles, comme pour l'application des lois : la règle spéciale déroge à la règle générale, la plus ancienne cède face à la règle postérieure.

Pour ce qui est de sa traditionnelle *retenue* en cas de difficulté posée par l'interprétation d'un traité, le Conseil d'État a précédé la Cour EDH pour tirer toutes les conséquences du droit à un procès équitable. Ainsi que le soulignait le président Abraham dans ses conclusions sous la décision *GISTI*²⁴³, « l'égalité entre les parties est rompue lorsque, par le biais de l'interprétation du traité, c'est l'État défendeur qui possède la clé de la solution », sans compter que cela conduisait le juge à « abandonner son pouvoir de décision au profit d'une autorité non juridictionnelle ». En cessant de s'estimer lié par l'interprétation fournie par le ministre des affaires étrangères, le Conseil d'État a ainsi précédé l'arrêt *Beaumartin c. France* de la Cour EDH²⁴⁴.

239. CE Ass., 24 juin 2014, *Mme Lambert et autres*, n° 375081-375090-375091, au recueil.

240. CE Ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, n° 322326, au recueil.

241. CE Ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, au recueil.

242. CE, 30 juillet 2003, *Association Gurekin*, n° 237649, aux tables.

243. CE, Ass., 29 juin 1990, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, n° 78519, au recueil.

244. CEDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, série A no 296-B.





C'est en revanche comme suite à l'arrêt *Chevro*²⁴⁵ de la Cour condamnant la France en 2003 que cette solution a été étendue à l'appréciation de la condition de réciprocité, plus naturellement dans le champ diplomatique, par la décision *Cheriet-Benseghir*²⁴⁶.

2 – S'agissant de l'exécution des décisions rendues par le juge international, c'est sur ce point aussi au regard de l'office respectif du juge international et du juge administratif que la question gagne à être posée.

Deux affaires ont récemment conduit à s'interroger sur les effets d'une décision de la Cour EDH ayant constaté la violation, par la France, de garanties résultant de l'article 6 de la convention, dans des procédures ayant donné lieu à des sanctions. Dans le premier cas²⁴⁷, la sanction avait été décidée par la Cour des comptes, par un jugement irrévocable, passé en force de chose jugée ; dans le second²⁴⁸, par une autorité administrative, l'Autorité des marchés financiers. Dans l'un comme dans l'autre cas, les vices de procédures constatés par la Cour étaient mineurs, mais la personne sanctionnée réclamait un réexamen ou à tout le moins un relèvement de sa sanction.

Le Conseil d'État a repris, presque mot pour mot, la jurisprudence de la Cour EDH sur la complète exécution d'un arrêt de cette Cour, qui implique en premier lieu de prendre toutes les mesures permettant la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées (c'est-à-dire dans la mesure du possible leur effacement et, seulement à défaut, une indemnisation) et, en second lieu, de mettre un terme à la violation, c'est-à-dire de faire disparaître la source de cette violation²⁴⁹.

Par elle-même, cette double obligation ne dit pas grand chose du contenu des mesures à prendre, les États étant libres du choix des moyens à déployer. Il serait par exemple sans doute inopérant de contester l'absence de mise en place d'une procédure de réexamen des sanctions.

Mais le Conseil d'État a jugé, de façon souveraine, que cela n'emportait pas moins, dans l'ordre interne et dans le cadre existant, une « obligation de faire ».

Dans l'affaire *Baumet*, les juges ont certes buté sur l'absence de texte organisant, comme en matière pénale, une réouverture de la procédure juridictionnelle. Si bien que les seules mesures à prescrire pouvaient l'être en aval du jugement irrévocable ayant donné lieu à un constat d'inconventionnalité, compte tenu de la chose jugée dont « la force juridique obligatoire lie même le juge »²⁵⁰.

245. CEDH, 13 février 2003, *Chevro* c. France, n° 49636/99.

246. CE, Ass., 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, n° 317747, au recueil.

247. CE, Sect., 4 octobre 2012, *M. Baumet*, n° 328502, au recueil.

248. CE, Ass., 30 juillet 2014, *M. Vernes*, n° 358564, au recueil.

249. Sauf à risquer une nouvelle condamnation pour persistance de la violation initialement constatée, v. CEDH, 18 septembre 2012, *Egmez c. Chypre*, n° 12214/07, pt 53 et 11 décembre 2012, *Sampani c. Grèce*, n° 59608/09, pt 125.

250. J.H. Stahl, *Dire et faire, Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État*, Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle, p. 783.





Dans l'affaire *Vernes* en revanche, il n'y avait pas un tel obstacle. En capacité de faire, le Conseil d'État a jugé de façon souveraine – alors que rien ne l'y obligeait – qu'il fallait faire. Pour cela, il a tenu compte de l'office respectif du juge de la convention et du juge de la légalité, sur plusieurs points qui méritent d'être soulignés.

D'abord, lorsque la Cour dresse le constat d'une violation de la convention, elle ne dit rien de la légalité de la décision en cause, ne serait-ce que parce que toutes les violations ne sont pas d'effet équivalent, selon leur nature et leur gravité.

Surtout, pour la double obligation de réparation et de cessation de la violation, c'est moins la décision litigieuse que ses effets qui importent ; si bien qu'il convient de s'intéresser à l'exécution de la décision, plutôt qu'à son retrait ou à son abrogation qui appellent des considérations de légalité²⁵¹. C'est pourquoi le Conseil d'État a raisonné en termes de *relèvement* de la sanction.

Enfin, il n'y a pas d'obligation de relèvement de la sanction ; il y a en revanche, c'est le point jugé par ces décisions, une obligation en droit interne de « *prendre en considération* »²⁵² la chose jugée dans l'ordre international, pour « *apprécier, sous le contrôle du juge national, s'il y a lieu de poursuivre l'exécution de cette sanction ou d'y mettre fin, en tout ou en partie, eu égard aux intérêts dont elle a la charge, aux motifs de la sanction et à la gravité de ses effets ainsi qu'à la nature et à la gravité des manquements constatés par la Cour* ». Autrement dit, du point de vue du requérant, il n'y a pas de droit au relèvement, mais il y a un droit à solliciter le relèvement de la sanction ayant donné lieu à une condamnation par la Cour EDH.

La nuance est bien sûr d'importance. Elle rend compte de la spécificité de la chose jugée à Strasbourg.

Parmi d'autres décisions récemment rendues par la Cour, on peut mentionner aussi celle sur les droits des enfants dont la naissance a donné lieu à une convention de gestation pour autrui²⁵³, qui a conduit le Conseil d'État à s'interroger sur les conséquences à en tirer, pour l'examen de la légalité de la circulaire sur la délivrance à ces enfants de certificats de nationalité²⁵⁴. Xavier Domino invoquait dans ses conclusions « *l'obligation de faire cesser la violation constatée par la Cour* », tout en soulignant que celle-ci n'avait rien jugé dans sa décision sur un certain nombre d'hypothèses, notamment lorsqu'il n'y a pas de filiation biologique (ni pour les couvrir, ni pour les exclure).

Ces exemples illustrent la spécificité de l'office de la Cour EDH. Il importe de les prendre en compte au moment de « *prendre en considération* », selon la formule

251. Il était déjà jugé qu'une circonstance nouvelle peut faire obstacle à l'exécution d'une décision pourtant légale : v. à propos de mesures de police CE, 21 mars 2001 *Mme Mathio Emma Essaka*, n° 208541, p. 150, d'ailleurs prise sur le fondement de droits protégés par la convention européenne ; v. aussi CE, 7 avril 2006, *Préfet du Val-d'Oise c. Mme Eggley*, n° 274713, aux tables, pour une reconduite à la frontière dont l'exécution aurait porté préjudice à l'enfant de la requérante en violation des stipulations de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant.

252. C'est ce que la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a qualifié de « *Berücksichtigungspflicht* », dans sa décision du 14 octobre 2004 rendue à propos de l'exécution de la décision *Görgülü c. Allemagne*.

253. CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 et *Labassée c. France*, n° 65941/11.

254. CE, 12 décembre 2014, *Association juristes pour l'enfance et autres*, n° 365779, au recueil.





désormais consacrée, les arrêts qu'elle rend. Il faut donc bien « traduire » la décision à exécuter, pour reprendre le terme employé ce matin par le juge Paulus.

J'ai sans doute trop insisté sur l'office du juge, sans parler suffisamment de la substance des droits. Mais on y revient nécessairement, parce que sans un juge qui s'en empare la norme ne s'applique pas et ne saurait donc non plus prendre corps : elle a besoin d'un juge pour se déployer.

Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Merci beaucoup de ces très justes éclairages, notamment sur les derniers états des jurisprudences qui ont bien souligné, là aussi, les interférences entre juges européens et juge nationaux.

Jean-Marc Sauvé

Vice-président du Conseil d'État

Je voudrais me référer à ce que disait le président Spielmann à l'occasion du cinquième anniversaire de la question prioritaire de constitutionnalité, et faire écho à ce que disait Mme Belloubet sur le lien qui existe entre la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence européenne en matière de droits fondamentaux. J'ai retrouvé dans le discours du président Spielmann ce qu'Olivier Dutheillet de Lamothe disait du dialogue entre les deux cours, qu'il qualifiait de « *dialogue sans parole* »²⁵⁵. Effectivement il n'y a pas formellement de renvoi, pas de question préjudicielle, pas de citation, mais vous avez montré la teneur de ce dialogue sans parole, qui est un vrai dialogue.

255. O. Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans parole », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, éd. Dalloz, 2008, p. 403.





Troisième table ronde

Les sujets de droit international : qualité et attributs

Sommaire

Présentation des intervenants	103
Problématique	105
Actes.....	109
Échanges avec la salle	139







Présentation des intervenants

Président

Léonard Bernard de La Gatinais

Premier avocat général à la Cour de cassation

Léonard Bernard de La Gatinais, ancien élève de l'École nationale de la magistrature, a commencé sa carrière de magistrat au tribunal de grande instance d'Angers avant de devenir premier juge d'instruction au tribunal de grande instance du Mans. Il a, par la suite, exercé les fonctions de procureur de la République près les tribunaux de grande instance de Saint-Malo (1983-1986), de Pointe-à-Pitre (1986-1990), de Boulogne-sur-Mer (1990-1996), puis de Montpellier (1996-2002). Après avoir été procureur général près la cour d'appel de Poitiers de 2002 à 2006, il a été nommé directeur des services judiciaires au ministère de la Justice. En 2008, il est devenu procureur général près la cour d'appel de Rennes. Il est premier avocat général à la Cour de cassation depuis mai 2013.

Intervenants

Ronny Abraham

Président de la Cour internationale de justice

Ronny Abraham est le président de la Cour internationale de justice depuis février 2015. Diplômé de Sciences Po Paris, titulaire d'un DES en droit public et ancien élève de l'ENA, il débute sa carrière comme conseiller au tribunal administratif de Versailles (1978-1985), avant d'être nommé sous-directeur des droits de l'homme à la direction juridique du ministère des Affaires étrangères. En 1988 il intègre la section du contentieux du Conseil d'État, où il exerce notamment les fonctions de rapporteur public (ex-commissaire du Gouvernement). Il a également été membre puis président (1987-1989) du comité d'experts du Conseil de l'Europe pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme, et président du Comité consultatif mixte de l'Organisation de coopération et de développement économiques (1994-1998). En 1998, Ronny Abraham est nommé directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères. Il est parallèlement professeur de droit international à Sciences Po Paris (jusqu'en 1998), professeur associé à l'université de Paris 10 Nanterre (1997-2003) et professeur associé à l'université de Panthéon-Assas (2004-2005). Il est l'auteur de nombreux articles parus dans des revues juridiques. En 2005 il est désigné juge à Cour internationale de justice, dont il est élu président en 2015.

Jean-Claude Bonichot

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

Licencié en droit, diplômé de Sciences Po Paris, ancien élève de l'ENA, Jean-Claude Bonichot a intégré le Conseil d'État en 1982 à la section du contentieux, où il a exercé successivement les fonctions de rapporteur, de rapporteur public (ex-commissaire du gouvernement), puis de président de la 6^e sous-section (2000-2006). Il a par ailleurs





exercé les fonctions de référendaire à la Cour de justice des communautés européennes (1987- 1991) et de directeur du cabinet du ministre du Travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, puis du ministre d'État, ministre de la Fonction publique et de la modernisation de l'administration (1991-1992). Jean-Claude Bonichot a également été professeur associé aux universités de Metz (1988-2000), puis de Paris I Panthéon-Sorbonne (2000-2007). Auteur de nombreuses publications en droit administratif, en droit communautaire et en droit européen des droits de l'Homme, il est le fondateur et président du comité de rédaction du *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme*. Il est juge à la Cour de justice de l'UE depuis le 7 octobre 2006 et président de la 7^e chambre.

Pierre Chevalier

Avocat général référendaire à la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Diplômé de l'École nationale de la magistrature et titulaire d'une maîtrise en droit public (Paris 2), Pierre Chevalier a été juge à Saint Nazaire (1994 à 1998) avant de rejoindre le ministère de la Justice (1998 à 2004) où il a exercé les fonctions de chef du bureau de la procédure, du droit public et social, puis du droit des personnes et de la famille à la direction des affaires civiles et du sceau. Détaché (2004 à 2008) à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris en qualité d'adjoint au directeur des affaires juridiques et des droits du patient, il a été nommé en 2008 substitut général à la cour d'appel de Versailles. Depuis 2009, il est avocat général référendaire à la Cour de cassation et exerce ses fonctions à la première chambre civile ayant notamment à connaître du contentieux du droit international privé et public. Il est aussi chargé de mission du procureur général comme magistrat délégué à la formation pour le parquet général. Pierre Chevalier enseigne le droit du procès à Sciences Po Paris. Il est également membre du bureau du comité français d'arbitrage et du comité français de droit international privé. Il est l'auteur de plusieurs publications sur l'office du juge judiciaire en droit international, les immunités étatiques, l'arbitrage international et l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité.

Emmanuel Piwnica

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'Ordre

Diplômé de l'université de Paris I et de Sciences Po Paris, Emmanuel Piwnica a été avocat à la cour d'appel de Paris de 1979 à 1984. Il est depuis 1984 avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Il a été président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation de 2003 à 2005, après avoir été membre du Conseil de l'Ordre. Il a été enseignant dans le cadre de l'Institut de recherche des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et a appartenu au jury d'examen d'aptitude à la profession d'avocat aux Conseils. Il plaide également devant les juridictions internationales et étrangères. Membre de la *Société de législation comparée* il a appartenu à son conseil de direction et en a été le président de 2008 à 2011 ; il est également membre de l'*International Fiscal Association*. Il est l'auteur d'articles consacrés notamment aux droits fondamentaux. Il est membre du comité de rédaction de *Justice et cassation*, après avoir appartenu à celui de la *Revue internationale de droit comparé*.





Problématique de la troisième table ronde

Dans un contexte marqué par la place grandissante des États dans un ordre juridique et économique mondialisé, comment les Cours suprêmes veillent-elles à préserver un équilibre entre la protection de la souveraineté des États, fondement du droit international public, et celle du droit pour les créanciers d'accéder à un juge afin d'être rétablis dans leurs droits ?

Les Cours suprêmes sont-elles alors amenées à retenir une conception différente de la qualité de sujet de droit international ? Les critères permettant de définir le régime des immunités de juridiction et d'exécution des États ont-ils évolué ?

I - La qualité de sujet de droit international

Deux questions relatives à la notion de sujets de droit international animent le contentieux le plus récent devant les juridictions administratives et judiciaires.

En premier lieu, quelle définition donner à l'État comme sujet de droit international ? Cette définition dépend-elle de son existence effective ou de sa reconnaissance internationale ? Quels effets attacher à la reconnaissance de fait d'une entité qui ne satisferait pas aux critères habituellement applicables à l'existence d'un État (population, territoire, gouvernement effectif) ?

Cette question sera abordée au cours de la table ronde au travers de nombreux exemples, notamment celui de Hong-Kong ou de la République de Chine-Taiwan, reconnue par le juge judiciaire comme un sujet de droit international doté d'attributs étatiques.

S'agissant de Hong-Kong, la Cour de cassation a considéré que cette région administrative spéciale de la République populaire de Chine ne constituait pas un État souverain au sens des articles 696-1 et 696-2 du code de procédure pénale²⁵⁶. S'agissant de la République de Chine-Taiwan, reconnue de fait comme un État, la Cour de cassation a considéré que l'assignation qui lui était destinée devait respecter les voies diplomatiques de l'article 684 alinéa 2 du code de procédure civile²⁵⁷. La haute juridiction a jugé que cette entité avait fait l'objet d'une reconnaissance étatique implicite²⁵⁸. Le Conseil d'État, quant à lui, prend acte dans plusieurs décisions de la délivrance par Taiwan de documents officiels à certains de ses ressortissants, mais sans évoquer la question de sa reconnaissance²⁵⁹.

En outre, la nature juridique de l'Union européenne est une question complexe tant les catégories existantes (État/organisation internationale) apparaissent inadaptées à la spécificité de l'Union européenne. Deux thèses s'affrontent : les thèses internationalistes qui voient dans l'Union européenne une organisation internationale ou une union d'États, et les thèses fédéralistes qui voient dans l'Union européenne un État.

256. Cass. Crim., 14 février 2012, n° 11-87.679, Bull. crim. 2012, n° 41.

257. Cass. 1^{ère} Civ., 19 mars 2014, n° 11-20.312, Bull. 2014, I, n° 44.

258. Cass. 1^{ère} Civ., 5 novembre 2014, n° 13-16.307.

259. CE, 27 mars 1981, n° 21154 ; CE, 7 juillet 2003, n° 254042 ; CE, 22 janvier 2007, n° 289321.





L'avis récent de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH²⁶⁰ a été l'occasion de réaffirmer expressément la spécificité de l'Union²⁶¹ et de rejeter toute assimilation à un État.

C'est d'ailleurs ce qui est traditionnellement retenu par les juridictions constitutionnelles internes²⁶². Si l'Union européenne ne constitue pas un État, elle peut, à l'instar des États, élaborer des règles internationales, participer à d'autres organisations internationales et voir sa responsabilité internationale engagée²⁶³.

En second lieu, la qualité de sujet de droit international peut-elle être étendue à des personnes morales ?

La question s'est posée pour des entreprises multinationales. Leur responsabilité civile et/ou pénale est de plus en plus recherchée pour des manquements aux règles internationales. La question de leur responsabilité pénale s'est ainsi posée récemment devant les tribunaux pénaux internationaux conduisant ceux-ci à esquisser une forme de responsabilité pénale²⁶⁴.

On peut également évoquer la responsabilité civile des personnes morales recherchée à raison de la violation de normes internationales qui seraient d'effet direct²⁶⁵.

II - Les immunités de juridiction et d'exécution

L'évolution du droit des immunités des États est caractérisée par l'abandon progressif de leur caractère absolu qui se reflète dans la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ratifiée par la France par la loi n° 2011-734 du 28 juin 2011, mais qui n'est toujours pas entrée en vigueur.

Alors que se multiplient les recours devant les juridictions internationales, européennes et nationales, les cours suprêmes sont invitées à s'interroger sur le maintien des frontières traditionnelles de la souveraineté étatique. Comment, dans ces conditions, les cours suprêmes trouvent-elles un équilibre entre la protection de la souveraineté des États et la préservation des droits des parties ?

La Cour de cassation a tout d'abord analysé la Convention des Nations Unies comme une source de droit international coutumier. Elle a également admis, à l'aune des

260. CJUE, avis 2/13, 18 décembre 2014.

261. CJCE, aff. C-26/62, 5 février 1963, *Van Gend and Loos* ; CJCE, aff. C-6/64, 15 juillet 1964, *Costa*.

262. Pour la France v. Cons. const., 19 novembre 2004, déc. n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* et Cons. const., 20 décembre 2007, déc. n° 2007-560 DC, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne* ; pour l'Allemagne v. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, 2^e chambre, *Zweiter Senat. Constitutionnalité du Traité de Lisbonne* (2 BvE 2/08 e.a.).

263. CJUE, avis 1/09, 8 mars 2011.

264. V. TPIR, *Nahima et csts*, ICTR-99-52, 28 novembre 2007, et surtout l'interprétation constructive du Tribunal spécial pour le Liban v. TSL, *New TVS A.L. Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, STL-14-05/PT/AP/AR126.1, 2 octobre 2014.

265. Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013, *Association France-Palestine solidarité et Organisation de libération de la Palestine c. Société Alstom, Société Alstom transport, Société Transdev Ile-de-France*, R.G. 11/05331.





droits et libertés garantis par la Convention EDH et en particulier du droit d'accès à un tribunal et d'une jurisprudence déjà affirmée²⁶⁶ que cette Convention « ne s'oppose pas à une limitation à ce droit d'accès, découlant de l'immunité des États étrangers, dès lors que cette limitation est consacrée par le droit international et ne va pas au-delà des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États »²⁶⁷.

Par ailleurs, la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur la pertinence de la distinction classique entre acte de gestion et acte de souveraineté. Cette distinction a été consacrée tant par les juridictions internes, qu'internationales²⁶⁸. Cependant, la jurisprudence l'adapte au contentieux spécifique des relations de travail entre un État et le personnel de ses missions diplomatiques à l'étranger. Les juridictions les qualifient alors, dans certaines circonstances, d'acte de gestion administrative²⁶⁹, ou retiennent l'existence d'un régime particulier prévu à l'article 11 de la Convention des Nations Unies de 2004 qui relève, selon la Cour EDH, du droit international coutumier²⁷⁰. Les juridictions ont été également confrontées à la question de la violation grave du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés. Ces violations restreignent-elles le champ de l'immunité de juridiction dont bénéficient les États ? Les juridictions internationale et européenne n'ont pas reconnu à ce jour une restriction à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour ces actes interdits par le *jus cogens* perpétrés en dehors de l'État du *for*²⁷¹. Mais les juridictions internes ou la Cour de justice de l'Union européenne n'ont-elles pas adopté une approche différente²⁷² ? Enfin, une portée trop générale donnée à l'immunité de juridiction ne constituerait-elle pas, dans certaines circonstances, une restriction disproportionnée au droit d'accès à un juge²⁷³ ?

La même recherche d'un équilibre entre intérêts souverains et droits des parties se retrouve en matière d'immunités d'exécution. L'immunité d'exécution des États repose-t-elle encore uniquement sur la distinction traditionnelle entre le bien se rattachant à l'exercice d'une activité de souveraineté et celui se rattachant aux opérations économiques, commerciales ou civiles relevant du droit privé²⁷⁴ ? Un

266. CEDH, Grande Ch., 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, *Forgaty c. Royaume-Uni*, req. n° 37112/97, *Mc Elhinney c. Irlande*, req. n° 31253/96 ; 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou e.a. c. Grèce et Allemagne*, req. n° 59021/00 ; Grande Ch., 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, req. n° 15869/02, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, req. n° 34869/05.

267. Cass. 1^{ère} Civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938, Bull. 2013, I, n° 62, n° 11-10.450, Bull. 2013, I, n° 63, n° 11-13.323, Bull. 2013, I, n° 64.

268. Cass. Ch. mixte, 20 juin 2003, n° 00-45.630, Bull. 2003 ; CEDH *Sabeh El Leil c. France*, req. n° 34869/05, 29 juin 2011 ; CIJ, 3 février 2012, *Italie c. Allemagne*.

269. Cass. Ch. mixte, 20 juin 2003, n° 00-45.630, Bull. 2003.

270. CEDH, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*.

271. CEDH, 21 novembre 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni* ; CIJ, 3 février 2012, *Italie c. Allemagne* ; CEDH, 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica c. Pays-Bas*.

272. Par exemple sur l'affaire dite du « DC10 UTA », voir Cass. Crim. 13 mars 2001 n° 00-87.215, Bull. crim. 2001, n° 64 ; Cass. 1^{ère} Civ, 9 mars 2011, n° 09-14.743 Bull. 2011, I, n° 49 ; CJCE, 3 septembre 2008, aff. jointes n° C-402/05 et C-415/05, *Kadi et Al Barakaat* ; TUE, 30 septembre 2010, aff. n° T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi*.

273. CEDH, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie* ; CEDH, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, req. n° 34869/05 ; Cass. 1^{ère} Civ, 9 mars 2011, n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n° 49.

274. Cass. 1^{ère} Civ., 19 novembre 2008, n° 07-10.570, Bull. 2008, I, n° 266.





État peut-il faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée devant une juridiction étrangère dans le cadre d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité ? Cette question a été examinée par la Cour EDH²⁷⁵.

À l'occasion d'un litige opposant un État à des créanciers poursuivant le paiement de leur créance en saisissant des fonds souverains, la Cour de cassation a consacré un régime autonome des immunités d'exécution des États et de leurs missions diplomatiques en s'appuyant sur « *le droit international coutumier reflété par la Convention des Nations Unies de 2004* ». La Cour de cassation a aussi précisé les critères formels et matériels de renonciation des États au bénéfice de leurs immunités d'exécution²⁷⁶. Cette jurisprudence rejoint d'ailleurs celle venant renforcer la protection des fonds déposés sur les comptes bancaires de l'ambassade ou de la mission diplomatique²⁷⁷.

L'indemnisation des créanciers poursuivant, qui se voient privés du droit d'accéder à un juge et de celui de recouvrer leur créance, peut toutefois être envisagée, ainsi qu'a pu en juger le Conseil d'État, sur le fondement de la responsabilité sans faute de l'État en présence d'un préjudice grave et spécial²⁷⁸.

275. CEDH, 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou c. Grèce et Allemagne*.

276. Cass. 1^{ère} Civ., 9 mars 2011 n° 09-14.743 Bull. 2011, I, n° 49 ; Cass. 1^{ère} Civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938, Bull. 2013, I, n° 62, n° 11-10.450, Bull. 2013, I, n° 63, n° 11-13.323, Bull. 2013, I, n° 64 ; Cass. 1^{ère} Civ., 15 mars 2014, n° 12-22.406, Bull. 2014, I, n° 28.

277. Cass. 1^{ère} Civ., 28 septembre 2011, n° 09-72.057 Bull. 2011, I, n° 153.

278. CE, 11 février 2011, *Mlle S.*, req. n° 325253, A, pour l'immunité de juridiction et d'exécution dont bénéficiait une organisation internationale sur le fondement d'un accord de siège ; CE, 14 octobre 2011, *Mme S. et autres*, req. n° 329788, A, pour un cas d'application de la règle coutumière de l'immunité d'exécution des États ; CEDH 5 février 2015, *NML Capital Ltd c. France*, req. n° 23242/12.



Actes - Les sujets de droit international : qualité et attributs

Léonard Bernard de La Gatinais

*Premier avocat général de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation,
président de la table ronde*

Il peut apparaître insolite d'évoquer la question des sujets de droit international et de leurs attributs au cœur des questions de souveraineté, après avoir évoqué celles de l'application à leur endroit des normes internationales. Le juriste aime à démontrer qu'il n'y a pas de sujet de droit sans ordre juridique préétabli, prédéfini, qui en détermine l'existence et précise leurs prérogatives.

L'ordre juridique interne définit les sujets de droit – personnes physiques et personnes morales – ainsi que les critères de leur existence comme, par exemple, la naissance ou la création d'une société. Rien de tel dans l'ordre international. Alors comment parler de sujet de droit en contemplation d'un ordre international incertain, d'une norme internationale aux multiples sources ? Le droit international est certes antérieur à la création des États modernes dans la conception que nous en avons, mais cette préexistence ne lui confère aucune autorité naturelle sur les États.

Comment peut-on définir l'État ? Pour le sens commun, il s'agit d'un territoire, d'une population, d'une autorité ou d'un gouvernement. Mais est-ce si simple ? L'État se reconnaît-il à ces seuls éléments ? Ces composantes suffisent-elles à en faire un sujet de droit international ? La souveraineté de l'État ne procède pas d'un ordre juridique international supérieur qui en légiférerait les contours. Elle se définit à la faveur de conventions, d'instruments et de litiges internationaux.

Le premier attribut de l'État réside bien dans sa capacité d'expression en tant que sujet de droit, dans sa capacité à limiter sa souveraineté par les traités, mais aussi à s'engager dans le commerce international et à se plier à l'autorité de décisions de justice internationale de plus en plus respectées. C'est dans cet espace de transfert de souveraineté, d'aucun diront d'abandon, que se posent les questions les plus brûlantes concernant le statut des États et leurs attributs. Un État n'est armé pour opposer un attribut souverain que si cette qualité ne lui est pas déniée, comme dans le cadre de conflits interétatiques ou transfrontières.

Un premier regard portera sur l'État, sujet de droit international qui accepte, par un acte volontaire dans ses rapports interétatiques, que les litiges qui l'opposent à un autre État soient soumis à une instance internationale supérieure, tout en revendiquant devant celle-ci, lorsque cela sert ses intérêts, le bénéfice des attributs de sa souveraineté telle que l'immunité de juridiction ou d'exécution. Ce thème sera abordé par Rony Abraham, président de la Cour internationale de justice.

De même, dans une structure intégrée comme l'est l'Union européenne dont Jean-Claude Bonichot, juge à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), nous entretiendra, l'État a admis la perte d'une parcelle de souveraineté et a accepté de se





soumettre aux décisions de la CJUE. Par ailleurs, l'Union européenne incontestable sujet de droit international, est-elle assimilable à un État ? Il tentera de répondre à cette question par le prisme de l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la CJUE relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH.

Après l'État, la personne morale constituera un deuxième regard. Comme nous l'avons vu, la capacité d'expression de l'État, entre autre dans le cadre du commerce international, le conduit à contractualiser ses rapports avec divers acteurs économiques et personnes morales de droit privé. Ces entités, apparemment hors champ de l'ordre international, deviennent-elles malgré elles des sujets de droit international, tant elles sont soumises par leur activité à des contraintes relevant de conventions, de traités ou d'engagements internationaux ? Je pense, par exemple, aux mesures d'embargo ou à la mise en œuvre de sanctions économiques qui rejaillissent sur les sociétés. Maître Piwnica apportera son regard critique sur le thème de la personne morale, sujet de droit international ou non.

Enfin, le troisième regard consistera à ne pas oublier que les États évoluent aussi dans le temps et dans l'espace. La géostratégie politique n'est pas étrangère à cette évolution, et la doctrine internationaliste connaît de vigoureux débats sur ce point où la jurisprudence est encore en construction.

L'existence de l'État sur la scène internationale dépend-elle de sa reconnaissance ? Cette reconnaissance *de jure* ou *de facto* est-elle nécessaire pour lui conférer sa capacité à nouer des rapports de droit ? Les questions juridiques relatives à la reconnaissance internationale et la capacité juridique des États sont bien présentes. Il suffit pour s'en convaincre de se rapporter aux deux arrêts rendus récemment par la première chambre civile de la Cour de cassation concernant le statut de Taïwan, sur lesquels monsieur l'avocat général référendaire Pierre Chevalier s'attardera.

Cette recension des sujets de droit international n'a d'intérêt sur la scène internationale que par l'identification de leurs attributs propres, et parmi eux les immunités, lesquelles sont inscrites dans un cadre juridique encore incertain malgré la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004. Sont-elles en adéquation ou en décalage avec la coutume internationale ? Qu'en font les juridictions tant internes qu'internationales ? Je donne la parole à Ronny Abraham sur ces délicates questions.

Ronny Abraham

Président de la Cour internationale de justice

Je souhaiterais évoquer une affaire jugée il y a quelques années par la Cour internationale de justice, *Allemagne c. Italie*²⁷⁹, relative à la question des immunités juridictionnelles des États. Cet arrêt prend la forme d'un document d'environ 450 pages, volume qui évoque plutôt celui d'un fascicule du recueil *Lebon*, mais pourtant consacré à une seule affaire.

Il est intéressant de comparer les différents modes de rédaction et la longueur des décisions des juridictions internes et des juridictions internationales, et l'on s'est maintes fois prêté à l'exercice. Pour remettre les choses à leur juste proportion, il faudrait diviser par deux le nombre de pages, car le texte de la décision est pré-
279. CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant).





senté en deux langues – en français sur la page de gauche et en anglais sur la page de droite –, ce qui en ramène la longueur à deux cent vingt-cinq pages, y compris les opinions individuelles des juges annexées au texte de l'arrêt.

L'arrêt lui-même, qui constitue l'un des grands arrêts de principe de la CIJ, est en réalité plutôt concis dans sa rédaction : il compte soixante et une pages, ce qui est peu au regard de l'importance de l'affaire, de sa difficulté et de sa complexité. Certaines des opinions annexées auraient pu être plus concises, même si toutes sont très intéressantes à lire. De leur nombre et de leur longueur il ne faut pas déduire que l'affaire a donné lieu à de grandes divergences ou à de graves oppositions au sein de la Cour puisque, sur la question essentielle, celle de l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne devant les juridictions italiennes, l'arrêt a été adopté par douze voix contre trois, ce qui constitue une majorité très nette.

L'Allemagne a saisi la Cour d'une action en justice contre l'Italie pour violation de ses immunités de juridiction et d'exécution, résultant de diverses procédures judiciaires et mesures de contraintes sur des biens allemands en Italie. Les faits à l'origine de cet arrêt sont les suivants : des ressortissants italiens ont saisi leurs tribunaux étatiques d'actions en responsabilité civile contre l'État allemand en raison de faits remontant aux années 1943-1945. Durant cette période de la fin de Seconde Guerre mondiale, un certain nombre de civils ainsi que des militaires italiens ont été déportés en Allemagne aux fins de travail forcé. Le but des actions judiciaires était de demander réparation à l'Allemagne sous forme de dommages et intérêts à raison de ces faits.

D'autre part, à peu près au même moment, des ressortissants grecs avaient également introduit des procédures en responsabilité devant les tribunaux grecs contre l'État allemand, en raison de certaines exactions commises par l'armée allemande en Grèce, durant la même période 1943-1945. Les ayant-droits des victimes demandaient réparation à l'Allemagne.

Dans les deux pays, les juridictions s'étaient déclarées compétentes pour connaître de ces actions et ont condamné l'Allemagne. Pourtant l'Allemagne n'avait pas manqué de soulever une exception tirée de son immunité juridictionnelle en droit international, en faisant valoir qu'elle n'était justiciable ni des tribunaux italiens, ni des tribunaux grecs. En ce qui concerne les tribunaux italiens, la Cour de cassation italienne a jugé en 2004, dans une affaire *Ferinni*²⁸⁰, que l'immunité de juridiction en droit international ne s'appliquait pas lorsque les faits générateurs du dommage, à l'origine de l'action en responsabilité, étaient constitutifs de crimes graves et de violations graves du droit international, notamment de normes de *jus cogens*. Cet arrêt allait dans le sens d'une partie de la doctrine, déjà affirmée au moment du prononcé du jugement.

La Cour de cassation grecque, à peu près au même moment, a adopté une position similaire quoique remise en cause par la suite par d'autres juridictions grecques.

280. Arrêt n° 5044/2044, 11 mars 2004, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 87 (2004). Dans cette affaire la Cour de cassation italienne a déclaré que l'Italie pouvait exercer sa juridiction à l'égard d'une demande (datant de 1998) soumise par une personne qui, pendant la Seconde Guerre mondiale, avait été déportée en Allemagne et astreinte au travail forcé dans le secteur de l'armement.





Les bénéficiaires des jugements rendus en Grèce avaient saisi les tribunaux italiens de demandes d'*exequatur* pour faire exécuter en Italie les jugements dont ils avaient bénéficié devant les juridictions grecques, ce que les tribunaux italiens avaient accordé. Sur la base des jugements d'*exequatur*, des mesures de contrainte ont été prises sur certains biens appartenant à l'Allemagne et situés sur le territoire italien, notamment un immeuble appelé « *villa Vigoni* », siège d'un centre culturel allemand en Italie.

Les autorités allemandes ont considéré que l'ensemble de ces actes et mesures avaient été pris en méconnaissance de leur droit à l'immunité de juridiction et d'exécution. Pour cette raison, l'Allemagne a saisi la CIJ contre l'Italie, en se référant à une base de compétence valide de la Cour ; les Italiens n'ont d'ailleurs pas contesté la compétence de la CIJ pour connaître de cette affaire.

La question des immunités en droit international est délicate, spécialement pour les juges nationaux des pays se rattachant à la même famille juridique que la France, l'Italie ou la Grèce, c'est-à-dire la plupart des pays de l'Europe continentale. Pourquoi ? Pour deux raisons qui se conjuguent et qui s'ajoutent l'une à l'autre.

La première difficulté est que dans ces pays, en particulier en France, il n'existe pas de législation sur l'immunité des États étrangers en matière de juridiction civile, ni sur leur immunité d'exécution. Il n'y a pas de législation générale qui règle la question. De telles législations existent en revanche dans les pays anglo-saxons ou de tradition similaire, comme les États-Unis ou le Royaume-Uni. En France, en Italie ou en Grèce, il n'existe aucune loi en la matière de sorte que les juridictions nationales de ces États, confrontées à ces questions, doivent se référer au droit international et l'appliquer directement, faute de pouvoir se référer à une législation nationale. La situation est donc plus simple dans les États ayant légiféré, les juges disposant d'un cadre de référence, sous réserve de vérifier que la loi n'est pas en infraction au droit international – et faire valoir le cas échéant la primauté du droit international sur le droit interne. Par contre, dans les pays comme la France, le juge doit se tourner directement vers le droit international.

La deuxième difficulté réside dans le fait que le droit international reste encore essentiellement, en cette matière, un droit coutumier, c'est-à-dire un droit non conventionnel résultant de la pratique des États et de l'*opinio juris*. Il existe des traités multilatéraux traitant de la question des immunités : une convention européenne de 1972 et, surtout, depuis 2004, une convention des Nations Unies adoptée à New-York sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Mais ces textes ont obtenu à ce jour assez peu de ratifications ; de telle sorte qu'aujourd'hui encore, et en tous cas à la date des faits ayant donné lieu à l'affaire *Allemagne c. Italie* en ce qui concerne les deux États en cause, le droit en la matière reste essentiellement un droit coutumier.

Or, le droit coutumier est par nature assez mystérieux. La difficulté est de l'identifier et d'en définir le contenu, les limites et la consistance. Il n'est pas toujours aisé d'interpréter un traité international. Il est encore plus difficile de savoir ce qu'est, à un moment donné, le contenu de la norme coutumière. C'est vrai pour le juge internationale, et encore plus pour le juge national, assez rarement confronté à ce type de question.





C'est justement à ce genre de problématique que la CIJ était confrontée dans l'affaire *Allemagne c. Italie*. Il n'était pas discuté entre les parties qu'il n'existait, à la date des faits, aucune disposition conventionnelle réglementant la question de l'immunité et que le droit coutumier international trouvait à s'appliquer dans les rapports entre l'Allemagne et l'Italie. Mais ce droit international coutumier était controversé jusqu'à l'arrêt de la CIJ ; même après, bien entendu, certains discutent le bien-fondé de la solution adoptée.

La règle est qu'en principe un État bénéficie d'une immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État, en raison du principe d'égalité souveraine des États induisant qu'un État ne peut pas en juger un autre. Or, les tribunaux étatiques – en l'espèce les tribunaux italiens –, étant des organes de l'État, ils sont *de jure* l'État lui-même. Si les tribunaux d'un État jugent un autre État, cela revient à ce qu'un État juge un autre État, violant par là-même le principe de l'égalité souveraine. Il en va de même pour le principe d'immunité d'exécution : les biens d'un État se trouvant sur le territoire d'un autre État ne peuvent, en principe, faire l'objet de mesures de contrainte, notamment de saisie ou d'hypothèque.

Une fois ces principes énoncés, il reste à savoir s'il peut exister des exceptions, et le cas échéant lesquelles. Là était le cœur du débat de cette affaire. La CIJ eut à répondre essentiellement aux arguments invoqués par l'Italie, État défendeur, qui tentait de convaincre la Cour que ses juridictions n'avaient pas violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne. Pour ce faire, deux blocs d'argumentation furent invoqués, tirés de ce qui aurait été, selon l'Italie, l'état du droit coutumier en la matière.

La première ligne d'argumentation consistait à soutenir qu'en présence de crimes d'une gravité particulière, l'État accusé de les avoir commis – en l'espèce l'Allemagne qui d'ailleurs ne contestait pas l'existence même de ces crimes –, ne peut se prévaloir d'une immunité de juridiction lorsque, à raison de ces faits, les victimes ou leurs ayant-droits intentent des actions en responsabilité civile devant les tribunaux de leur propre État, en l'espèce, les victimes italiennes devant les tribunaux italiens. La gravité des faits disqualifiait en quelque sorte l'immunité. C'était le premier argument de l'Italie.

La seconde ligne d'argumentation reposait sur l'idée qu'en droit international coutumier il existerait une exception à l'immunité de juridiction, dans l'hypothèse où les faits à l'origine du dommage donnant lieu à l'action en responsabilité ont été commis sur le territoire de l'État du *for*, c'est-à-dire sur le territoire de l'État où se trouve la juridiction saisie de l'action en responsabilité.

Tels étaient les deux blocs d'arguments que la CIJ eut à examiner. Elle y a répondu par la négative en estimant que, dans l'état actuel du droit international coutumier, l'immunité de juridiction civile d'un État était pleine et entière lorsque sa responsabilité était recherchée à raison d'actes accomplis *de jure empirii*. Aucune des deux exceptions invoquées par l'Italie n'étaient, de l'avis de la Cour, fondées.

Pour arriver à cette conclusion, la CIJ a analysé la pratique internationale, déterminante en matière de droit coutumier. Elle fut donc conduite à se référer à la jurisprudence des juridictions nationales, la pratique étatique judiciaire en matière





d'immunité étant le noyau de la pratique internationale sur cette question. Mais la Cour s'est aussi référée à la pratique législative pour ceux des États qui ont légiféré en la matière. Il y a donc dans l'arrêt de la CIJ une étude très approfondie notamment des décisions judiciaires nationales, ce qui montre que ce ne sont pas uniquement les juges nationaux qui se réfèrent aux décisions des juridictions internationales mais que, dans certains cas, le juge international se réfère aussi aux décisions des juges nationaux, par exemple, ici, parce que leur examen est indispensable pour connaître la pratique réelle et actuelle des États en matière d'immunité juridictionnelle.

Pour conclure, l'histoire ne s'arrête pas tout à fait à l'arrêt de la CIJ. La question de l'exécution de cet arrêt dans l'ordre juridique interne italien s'est aussi posée. La Cour a indiqué dans son arrêt que l'État italien était tenu, selon les règles bien établies du droit international, de priver d'effet les décisions judiciaires rendues par les tribunaux italiens en violation de l'immunité de l'Allemagne, en conformité avec la règle en droit international de la restitution, pour permettre le rétablissement de la situation qui aurait dû exister si la violation de l'obligation internationale n'était pas survenue. En l'espèce, la CIJ a indiqué que les autorités italiennes devaient prendre toutes mesures par les moyens de leur choix pour priver d'effet les décisions déjà rendues, fussent-elles définitives dans l'ordre juridique italien, à l'encontre de l'Allemagne. En conséquence, le parlement italien a adopté une législation ayant pour effet de permettre la pleine exécution de l'arrêt de la CIJ dans l'ordre juridique italien. La législation aboutissait à déclarer nulle et sans effet toute condamnation prononcée à l'encontre de l'Allemagne dans les affaires en cause dans l'instance jugée par la Cour, l'autorité de chose jugée étant limitée à l'objet même du différend.

Cependant, cette loi fut déferée à la Cour constitutionnelle italienne, qui l'a déclarée inconstitutionnelle au motif qu'elle violait le principe constitutionnel du droit au juge et du droit au procès équitable, analogue au principe affirmé par l'article 6 de la Convention EDH. Si bien que l'exécution de l'arrêt de la CIJ reste en suspens, ce qui montre que le dialogue des juges n'est pas toujours efficace.

En somme, après que les décisions rendues par les juridictions italiennes ont été déclarées internationalement illicites par la juridiction internationale et que le législateur a fait les efforts requis en tirant les conséquences de l'arrêt de la CIJ, c'est la Cour constitutionnelle qui a fini par placer l'État dans une situation difficile et insatisfaisante dont il reste à espérer qu'elle trouve un dénouement au cours des prochaines années. De même que l'on peut espérer que les États-Unis finiront par tirer toutes les conséquences des arrêts *LaGrand*²⁸¹ et *Avena*²⁸², peut-être par la voie législative puisque, malgré les efforts du juge Breyer, la Cour suprême des États-Unis n'a pas pu ou voulu aller plus loin – quoi qu'elle se soit placée sur un terrain différent – que la Cour constitutionnelle italienne, en vue d'assurer l'exécution en droit interne d'un arrêt de la CIJ.

281. CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis).

282. CIJ, 31 mars 2004, *Avena* (Mexique c. États-Unis).





Léonard Bernard de La Gatinais

Premier avocat général de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation

Cette intervention ferait presque une synthèse de ces trois tables rondes puisque vous avez évoqué l'immunité et la complexité du dialogue des juges. Je me tourne maintenant vers M. le juge Jean-Claude Bonichot qui va nous entretenir de la question de la souveraineté, au regard des États et de l'Union européenne.

Jean-Claude Bonichot

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

L'Union européenne : une souveraineté qui ne dit pas son nom ?

I - Parler de souveraineté à propos de l'Union européenne sent le soufre. Les quelques éléments qui, dans le Traité constitutionnel, étaient destinés à rapprocher, même modestement, l'Union d'un État et qui étaient énumérés à l'article I-8 sous le titre « Symboles de l'Union » ont disparu du Traité de Lisbonne. Les référendums négatifs en France et aux Pays-Bas ont eu raison du drapeau, de l'hymne, de la fameuse devise « Unie dans la diversité », de la monnaie et du jour de l'Europe : « *reculs concédés* »²⁸³ afin de ne pas mettre en péril les principaux acquis du Traité constitutionnel. A bien évidemment disparu aussi le mot « Constitution ». A moins évidemment disparu le principe de primauté. Ce pilier de l'ordre juridique communautaire depuis 1963 n'est même pas mentionné au titre des principes de l'Union énumérés à l'article 5 TUE et ne fait l'objet que d'une modeste « Déclaration » annexée à l'Acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le Traité de Lisbonne qui se contente de faire référence à « une » jurisprudence constante de la Cour de justice²⁸⁴.

Et pourtant l'Union européenne est évidemment plus qu'une organisation internationale, même si les meilleurs auteurs disent à juste titre qu'elle n'est « à l'évidence pas un État »²⁸⁵.

Je ne vais pas tenter de revenir sur la définition juridique de l'Union européenne qui n'entre, comme on le sait, dans aucune catégorie juridique. Elle est, en réalité, une catégorie juridique à elle seule. Je voudrais seulement tenter de cerner ce qui fait l'originalité, du point de vue du concept de souveraineté, de ce que Jacques Delors a qualifié de « Fédération d'États-Nations » en me servant, comme cela m'a été demandé, de sa décision la plus emblématique de ces dernières années : l'avis 2/2013, rendu à propos de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁸⁶.

283. C. Philip, « Les symboles de l'Union, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits », *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, page 173.

284. Déclaration n° 17 annexée à l'Acte final de la CIG.

285. V. L. Dubouis et C. Blumann qui consacrent quelques pages lumineuses à la « *nature spécifique de l'Union européenne* » dans leur *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis-Nexis, 5^e éd. 2013, pages 83 et s. et spécialement page 84.

286. Pour une étude très approfondie de cette question sous tous ses aspects, voir la remarquable étude de M. Ricardo Gosalbo Bono : Sur la théorie de la souveraineté et son application à (et dans) l'Union européenne, A Man for All Treaties, *Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruylant 2012, page 195.





II - La qualité juridique de l'Union européenne ne peut être correctement appréciée que si on la considère dans son ensemble, c'est-à-dire en se plaçant à la fois du point de vue des États qui la composent et du point de vue de ce qu'on continue à juste titre à qualifier de « construction » communautaire. Un paradoxe apparaît alors immédiatement : la construction de l'Europe communautaire s'est traduite par des « *limitations drastiques* »²⁸⁷ de la souveraineté des États membres, alors que l'Union n'est pas regardée, en tout cas jamais présentée, comme une entité souveraine.

III - Depuis l'arrêt *van Gend en Loos*²⁸⁸, dont la formule est reprise telle quelle par l'arrêt *Costa/ENEL*²⁸⁹, il est banal de constater que « *les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains* » au profit du « *nouvel ordre juridique de droit international* » que constitue l'Union européenne. Il est topique que cette formule ait évolué avec l'approfondissement de la Communauté puis de l'Union. Aujourd'hui, la Cour de justice dit que les États ont limité leurs droits souverains « *dans des domaines de plus en plus étendus* »²⁹⁰.

Même si on a pu considérer que le Traité de Lisbonne a marqué le « retour des États » dans la construction communautaire, l'évolution de l'Union est frappée du sceau de leur encadrement de plus en plus strict.

S'il est vrai qu'est désormais prévue la sortie d'un État de l'Union²⁹¹ et qu'un tel retrait n'est pas une pure hypothèse d'école comme le montre la perspective du référendum au Royaume-Uni²⁹², force est de constater que l'appartenance à l'Union va de pair avec une discipline de plus en plus exigeante. Il suffit d'évoquer, d'une part, le mécanisme de contrôle du respect des valeurs de l'Union qui peut conduire à une suspension des droits de l'État qui ne les respecterait pas²⁹³, d'autre part, le système de surveillance de leur situation financière et budgétaire dont on parle en France tous les jours. Il serait, à cet égard intéressant de comparer le degré de liberté budgétaire des États des États-Unis et de ceux de l'Union européenne²⁹⁴.

287. L. Dubouis et C. Blumann : op. cit. N° 99.

288. CJCE 5 février 1963, ECLI :EU :C :1963 :1, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, n° 41 page 562. On se reportera avec profit aux actes du colloque organisé le 13 mai 2013 à l'occasion du 50ème anniversaire de cet arrêt fondateur : *Van Gend en Loos, 1963-2013*, Office des publications de l'Union européenne, 2013.

289. CJCE 15 juillet 1964, 4/64, ECLI :EU :C :1964 :66, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, n° 42 page 576.

290. Avis 1/91, point 21, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, n° 2, page 16.

291. Par l'article 50 TUE. Sur cette question : C. Blumann : L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union, *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Pedone, 2010 page 53 ; S. Van Raepenbusch : Le droit de retrait de l'Union européenne, clarification utile ou réappropriation du système de l'Union par le droit international ? Quatorzièmes journées Jean Monnet, Caen, Novembre 2014.

292. R. Baratta : L'appartenenza All'UE della Scozia in caso di secessione dal Regno Unito, *Il diritto dell'Unione Europea*, 2014, n° 1 page 73.

293. Article 7 TUE. V. les développements consacrés à ce sujet par Jacques Ziller : *Diritto delle politiche et delle istituzioni dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna 2013 pages 175 et suivantes.

294. Sur les conditions d'intégration des exigences du Traité sur la stabilité et la gouvernance dans le droit français : J.-C. Bonichot : « Le juge constitutionnel français et la « règle d'or » : réviser ou ne pas réviser la Constitution ? That was the question », *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, Bruylant, 2013 page 371.





Par ailleurs, au « *transfert d'attributions* »²⁹⁵ d'origine se sont ajoutées au fil des révisions successives des Traités d'autres compétences dans des domaines non seulement étendus, mais dans des domaines essentiels de souveraineté, comme la politique étrangère et la défense ou la justice pénale.

Doit aussi être constaté un renforcement de la gouvernance de l'Union avec le Conseil européen et de son pouvoir de contrainte avec les astreintes et sommes forfaitaires que peut prononcer la Cour de justice vis-à-vis des États qui manquent à leurs obligations communautaires.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas non plus sans incidence, loin de là, puisque, même si elle s'applique aux États membres « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* »²⁹⁶, comme la Cour de justice fait coïncider le champ d'application de la Charte avec celui du droit de l'Union, elle touche en réalité à peu près tous les aspects de la vie sociale et peu échappe à son emprise.

Enfin, la réalité politique et économique montre que les États membres étant de plus en plus interdépendants sont par là même de plus en plus dépendants de l'Union à laquelle ils appartiennent.

IV - Et pourtant, même si la limitation de la souveraineté des États est de plus en plus visible, l'Union européenne n'est pas regardée comme une entité souveraine. Ce qui était souveraineté dans le chef des États s'est transformé, dans le chef de l'Union, en simple compétence²⁹⁷. L'Union n'est pas souveraine. L'Union a des compétences, elle n'a pas de souveraineté. Si les États membres ne sont plus autant souverains, elle ne l'est pas du tout. Il semble y avoir une « *part des anges* » dans la construction communautaire²⁹⁸ : la souveraineté disparaît des États mais ne se retrouve pas dans ce « *pouvoir public commun* »²⁹⁹ qu'est l'Union.

V - L'Union ressemble pourtant, et de plus en plus, à un État.

Elle a une population et elle a des citoyens. Ceux-ci peuvent faire valoir leur citoyenneté vis-à-vis de leur État³⁰⁰. Elle a un territoire qui est certes celui des États membres³⁰¹, mais dans la totalité duquel s'applique le droit de l'Union. Elle a une organisation politique et les attributs essentiels d'une telle organisation : une monnaie unique, une justice exercée « *en commun* »³⁰² par la Cour de justice et les juridictions des États membres, une politique étrangère et de sécurité commune

295. Pour reprendre l'expression de l'arrêt *Costa c. ENEL*.

296. Article 51§1.

297. On trouve dans la Délibération 1/78 la formule selon laquelle des domaines peuvent ne plus relever « *de la sphère des souverainetés nationales* » lorsque les compétences et pouvoirs correspondants ont été transférés à la Communauté, Rec. 1978, p. 2151.

298. La « *part des anges* » est cette partie du titre alcoolique qui disparaît dans le cours du vieillissement du rhum, de l'armagnac ou du cognac.

299. Délibération 1/78, citée note 12, point 27.

300. CJUE 2 mars 2010, *Janko Rottmann*, C- 135/8, ECLI :EU :C :2010 :104. Jean-Denis Mouton : « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *Revue générale de droit international public*, 2010, page 257.

301. Articles 52 TUE et 355 TFUE.

302. Avis 1/09, point 69.





destinée à « *sauvegarder ses valeurs, ses intérêts fondamentaux, sa sécurité, son indépendance et son intégrité* »³⁰³. Elle a des « *intérêts et objectifs stratégiques* »³⁰⁴, sa compétence « *couvre tous les domaines de la politique étrangère* »³⁰⁵, elle constitue une alliance défensive³⁰⁶.

Revenons un instant sur la monnaie unique. On parle souvent de la « sortie de l'Euro », comme si c'était une option. C'est oublier que la monnaie unique est une obligation, une composante de l'Union et que les États membres qui ne sont pas encore entrés dans l'Eurozone sont dénommés « *États membres faisant l'objet d'une dérogation* »³⁰⁷. Quant à la défense, elle est d'une telle actualité que le président de la Commission a tout récemment appelé à la constitution d'une véritable armée commune.

Enfin, si l'on a soigneusement évité, dans le Traité de Lisbonne, de parler de « lois » européennes comme le faisait le Traité constitutionnel, on parle « *d'actes législatifs* » aussi bien que de « *procédure législative* »...

VI - La question de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme a fait apparaître toute la singularité de l'Union. Cette adhésion était soumise à d'assez strictes conditions ; la Cour de justice a considéré qu'elles n'étaient pas remplies. À cette occasion elle a mis en lumière toute la spécificité et toute la fragilité de la construction communautaire.

VII - Contrairement à ce qui a souvent été dit, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas une obligation. Elle est certes expressément prévue et souhaitée. Elle est très certainement un objectif. Mais elle est soumise, par les auteurs du Traité de Lisbonne, à un régime juridique précis³⁰⁸.

L'adhésion, est d'abord soumise à une procédure spéciale. Elle suppose un accord d'adhésion, c'est-à-dire un accord international³⁰⁹. La conclusion de cet accord, du

303. Article 21 TUE.

304. Article 22§1 TUE.

305. Article 24§1 TUE.

306. Article 42§7 TUE. Sur ce point et en général l'évolution de ce domaine et son état actuel : A. Rosas et Lorna Armati : *EU Constitutional Law, An Introduction*, Hart Publishing 2ème éd. 2012, pages 254 et suivantes ; F.-X. Priollaud et D. Siritzky : *Le Traité de Lisbonne*, La Documentation française, 2008, pages 128-129. À la suite des attentats de Paris du 13 novembre 2015 la France a demandé la mise en œuvre de cette disposition qui est ainsi employée pour la première fois.

307. Articles 3 TUE, 119§2, 127, 139 TFUE et Protocole N° 4 sur les statuts du système européen de banques centrales, article 42 et Protocole N° 13 sur les critères de convergences. À l'exception il est vrai du Royaume-Uni et du Danemark. V. A Rosas : *op. cit.* pages 220 et suivantes ; K. Lenaerts : « EMU and the European Union's Constitutional Framework », *European Law Review* 6/2014 ; J-C Bonichot : « Gouvernance économique, financière et monétaire dans l'Union européenne : le rôle de la Cour de justice », *Journal European Court of Auditors*, 2014, page 13.

308. Sur l'ensemble de cette question, je me permets de renvoyer à mon intervention aux Entretiens du Conseil d'État sur « Les sources de droit Européen et les influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit européen des droits de l'homme, Un cycle de conférences du Conseil d'État*, La documentation française, 2011, pages 90 et suivantes et 103 et suivantes, ainsi que « La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne : avec ou sans contrat de mariage » in *La Convention européenne des droits de l'homme 60 ans et après ?* LGDJ 2013, page 135, où était donnée la liste des différentes questions posées par l'adhésion.

309. Il ne s'agit pas d'une adhésion unilatérale comme c'est normalement le cas pour les États. Le projet d'accord modifie d'ailleurs la Convention européenne des droits de l'homme elle-même et dit qu'il en





côté de l'Union européenne, est soumise à des règles spéciales fixées à l'article 218 TFUE : unanimité au Conseil, approbation par le Parlement européen et approbation par les États membres selon leurs règles constitutionnelles respectives.

En second lieu, des conditions de fond précises sont fixées dans le Protocole n° 8 au Traité de Lisbonne qui forme, avec l'article 6§2 TUE, le régime juridique de l'adhésion. Ces conditions correspondent à un certain nombre d'impératifs politiques et techniques qui doivent être pris en considération.

Le Protocole impose à l'accord d'adhésion de « *préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union* »³¹⁰. Sont notamment visées les « *modalités particulières de l'éventuelle participation* » de l'Union aux instances de contrôle de la Convention et les mécanismes permettant d'assurer que les recours soient correctement dirigés contre les États ou contre l'Union.

Le Protocole impose aussi de ne pas toucher aux compétences de l'Union ni aux « *attributions de ses institutions* », de ne pas affecter la position particulière de tel État par rapport à la Convention et de respecter la règle selon laquelle les différends entre États membres doivent être réglés selon les seules procédures prévues par les Traités³¹¹.

VIII - Saisie pour avis par la Commission, la Cour de justice a estimé dans son avis 2/13, rendu le 18 décembre 2014, que les instruments d'adhésion qui lui étaient soumis ne satisfaisaient pas aux exigences des articles 6§2 TUE et du Protocole n° 8. L'avis de la Cour, dans lequel elle dit que l'Union n'est pas un État et constate que « *l'approche* » retenue par le projet d'accord « *consistant à assimiler l'Union à un État (...) méconnaît précisément la nature intrinsèque de l'Union* »³¹² donne de précieuses indications sur les conditions essentielles de préservation des caractéristiques propres du projet communautaire qui ne sont, en fin de compte, que la traduction juridique du processus d'intégration.

IX - Dans une partie liminaire, l'avis prend le soin d'énumérer les bases constitutionnelles de l'Union : interdépendance des États membres, confiance mutuelle³¹³, nécessité d'une interprétation des droits fondamentaux dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union³¹⁴, réalisation du processus d'intégration

fait « partie intégrante », ce qui n'est pas sans poser la question de son statut et, en particulier, de qui a le pouvoir d'en donner une interprétation authentique puisque, s'il est un élément de la Convention, il ferait aussi partie intégrante du droit de l'Union dès son entrée en vigueur.

310. La Déclaration N° 2 annexée au Traité de Lisbonne dit pour sa part que l'adhésion « *devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union* ».

311. Actuel article 344 TFUE.

312. Points 49 et 193. Point 156 : « *l'Union, du point de vue du droit international, ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État* ».

313. Qui se trouve hissée au nombre des principes constitutionnels : H. Gaudin : « Si proches, si lointaines... » *AJDA* 2015 page 1079 ; K. Lenaerts : "The principle of mutual recognition in the area of freedom, security and justice", Intervention à la Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture, 30 janvier 2015.

314. On reconnaît là la formule du point 4 de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, du 17 décembre 1970, 11/70, ECLI : EU : C : 1970 :114, à laquelle fait écho la seconde phrase du §1 de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux. V. sur la portée de cette disposition : J-C Bonichot : « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, page 49.





« *qui est la raison d'être de l'Union elle-même* ». C'est précisément pour en assurer la conservation que le Traité de Lisbonne a prévu les conditions énumérées au Protocole n° 8.

X - C'est à cinq points de vue que la Cour de justice considère que les exigences du Traité ne sont pas respectées. Chacun d'eux donne un éclairage sur la nature juridique particulière de l'Union européenne.

1) En premier lieu, l'accord ne garantit pas l'autonomie du droit de l'Union, et cela de trois points de vue. D'abord, il ne permet pas de préserver l'équilibre voulu par la Charte entre le niveau de protection qu'elle garantit et les standards nationaux de protection des droits fondamentaux. En effet, l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit expressément que les États peuvent avoir des exigences de protection plus élevées, alors que la Charte prévoit non moins expressément que des limitations des droits peuvent résulter « des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ». Ensuite, il permet de porter directement atteinte au principe de confiance mutuelle, condition sine qua non de l'espace sans frontières intérieures qui est l'un des buts mêmes de l'Union, en obligeant les États membres à appliquer la Convention dans leurs relations réciproques alors qu'elles sont régies par le droit de l'Union. Enfin, l'existence du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme qui permet d'adresser à la Cour de Strasbourg des demandes d'avis consultatifs permet de contourner l'obligation de renvoi préjudiciel qui est, selon l'expression consacrée, la « clé de voûte » de la construction communautaire. L'ensemble de ces lacunes fait que l'accord ne respecte pas « *les conditions essentielles de préservation* » de la nature des compétences de la Cour de justice³¹⁵.

2) En deuxième lieu, l'accord ne garantit pas cette règle fondamentale de l'Union, figurant aujourd'hui à l'article 344 TFUE, selon laquelle les États membres ne peuvent soumettre un différend relatif à l'application du droit de l'Union à un mode de règlement autre que ceux prévus par les Traités³¹⁶.

3) En troisième lieu, le mécanisme du « codéfendeur » ne permet de garantir ni le respect de l'ordre des compétences à l'intérieur de l'Union, ni la prise en compte des réserves des États.

4) Les règles sur la procédure essentielle de « *l'implication préalable* » de la Cour de justice³¹⁷ ne respectent pas la compétence exclusive de la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union. D'une part, elles laissent à la Cour européenne des droits de l'homme le soin de se prononcer sur le point de savoir si la Cour de justice a, ou non, déjà tranché une question de droit de l'Union, d'autre part, elle ne prévoit pas son intervention pour donner, le cas échéant, une interprétation

315. Point 183 de l'avis. Exigence qui résulte d'une jurisprudence aussi ancienne que constante : Avis 1/91, EU : C : 1991 : 490.

316. De ce seul fait qu'une fois introduite dans l'ordre juridique communautaire la Convention européenne des droits de l'homme en fera partie intégrante, alors que son article 33 permet de saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'un manquement d'une autre partie à la Convention. Il s'agit là d'une violation directe de l'une des exigences du Protocole n° 8.

317. « *Prior involvement* », proposé à l'origine par le Juge Timmermans puis réclamé par la déclaration conjointe des présidents Costa et Skouris du 24 janvier 2011 dont on peut trouver le texte sur le site Curia.





prioritaire du droit dérivé. Il s'agit là d'une question essentielle. En effet, en s'en tenant, pour l'implication préalable, aux questions de validité, les négociateurs ont complètement perdu de vue que l'interprétation tant du droit primaire que du droit dérivé peut permettre d'éviter une violation des droits fondamentaux par le moyen, notamment, d'une « *interprétation neutralisante* », technique couramment utilisée par les cours suprêmes des États membres aussi bien que par le Conseil constitutionnel français, la Cour de cassation ou la Conseil d'État³¹⁸.

5) Last but not least, n'a pas été résolue la question, évidemment épineuse, du contrôle juridictionnel de la PESC, dont la Cour de justice est exclue, ce qui reviendrait à donner compétence à une juridiction extérieure à l'Union pour contrôler les actes et omissions de ses organes ce qui, là aussi, non seulement est parfaitement incohérent mais va à l'encontre des principes les mieux établis du droit de l'Union³¹⁹.

Quelles conclusions faut-il tirer de cet avis, tant pour une future adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme que pour la nature de l'Union européenne et ses liens avec le concept de souveraineté ?

Contrairement à ce qui se dit déjà, je ne pense pas que cette prise de position de la Cour de justice rende l'adhésion impossible. Elle implique seulement que le travail soit repris et que soient traitées correctement des questions dont la difficulté a été, volontairement ou non, manifestement sous-évaluée³²⁰.

Quant à l'Union et à ses rapports avec les États membres et la société internationale, si l'on s'en tient à cette définition généralement admise selon laquelle la souveraineté c'est le pouvoir, dans une société politique, de commander et de contraindre, c'est l'ensemble des droits dont jouit en principe un État, force est de constater que ces pouvoirs sont désormais partagés et le sont de plus en plus au fur et à mesure de la construction de l'Union européenne. Si l'on pense, avec Max Huber³²¹, que la souveraineté dans les relations entre États, c'est l'indépendance, il faut se rendre à l'évidence que les Traités de l'Union organisent l'interdépendance et donc cet « *exercice collectif de la souveraineté* » dont parlait le président Sauvé. L'Union est un État en perpétuel devenir. Si les États membres veulent préserver

318. Pour la Cour de justice, voir l'exemple particulièrement topique de l'arrêt *Ordre des barreaux francophones* à propos de la directive blanchiment : CJCE 26 juin 2007, C-305/05, Rec. I-5305 et l'arrêt rendu ensuite par le Conseil d'État français...

319. Rappelés par l'avis 1/09, EU :C : 211 :123.

320. V. sur ce point : J.-C. Bonichot : « Cour de justice des Communautés européennes et Convention européenne des droits de l'homme : vers un partenariat enregistré ? » *Le droit dans une Europe en changement, Liber Amicorum Pranas Küris*, 2007, page 95 ; également pour l'un des rares auteurs à avoir pointé les problèmes posés : 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*. Dans le sillage de la Constitution européenne, Bruxelles, Bruylant, 2009, page 379. Sans compter les aspects de droit international : J. Malenovsky : « L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et de Strasbourg », *RGDIP* 2009, page 753. V. également J. Jean-Paul Jacqué : « Adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme – Le refus de la Cour de justice », *L'Observateur de Bruxelles*, n° 102, octobre 2015, page 27. 321. Et Charles Rousseau.





ce devenir, il faut en assumer les conséquences et faire les choix politiques correspondants, autrement dit être cohérents. C'est somme toute à cette cohérence qu'appelle la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice de l'Union européenne et notamment l'avis du 18 décembre 2014.

Pierre Chevalier

Avocat général référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation

La porosité de l'ordre juridique interne au droit international, qu'évoquait le procureur général Marin, s'illustre pleinement devant le juge judiciaire français.

Lorsqu'ils s'engagent avec un créancier dans un cadre international comme opérateur privé, l'État ou ses émanations n'échappent pas à l'*imperium* du juge interne saisi d'un contentieux.

Les immunités étatiques que ces entités souhaiteraient alors exciper, comme les questions portant sur leur statut souverain, surgissent alors dans le prétoire. Les questions qui animent notre table ronde ne s'arrêtent donc pas au pied des murs épais de nos palais de justice.

Mais des auteurs, parmi les plus éminents, n'ont pas manqué de souligner la prudence marquée du juge judiciaire³²². Habitué à contrôler la reconnaissance d'une situation acquise à l'étranger³²³, habitué à vérifier, depuis la jurisprudence *Beaumartin*³²⁴, la régularité d'un traité ou à l'interpréter, le juge national serait plus malhabile chaque fois qu'il est interrogé sur une question de souveraineté étatique.

Ces dernières années cependant, ce juge s'est emparé avec une vigueur inédite de problématiques de droit international public, comme en témoignent les quatre points suivants.

1) En 2001, la chambre criminelle reconnaît l'application d'une norme coutumière tirée des principes généraux de droit international pour s'opposer, sauf convention contraire, à ce que les chefs d'État en exercice puissent faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger. Cette immunité est ultérieurement étendue aux émanations de l'État étranger ainsi qu'à leurs agents pour les actes souverains. Dix ans plus tard, dépassant ce cadre, la première chambre civile se réfère explicitement au *jus cogens* pour restreindre l'immunité de juridiction de l'État en cas de responsabilité juridique dans la réalisation d'actes de terrorisme.

2) En 2011, la première chambre civile identifie dans la coutume internationale une immunité d'exécution autonome des États pour le fonctionnement de leur représentation diplomatique.

3) En 2013, dans le contentieux dit de la « dette Argentine », la même chambre se fonde à nouveau sur la coutume internationale pour préciser l'étendue de l'immunité d'exécution des États concernant leurs biens souverains et les exigences applicables à sa renonciation.

322. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public* : LGDJ, 8e éd. 2009, p. 259. En sens opposé...

323. P. Chevalier, *Rev. crit. DIP* 2014, n° 1 « Nouvelles cartographies des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France. L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan ».

324. CEDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, aff. 15287/89.





4) Enfin, par deux arrêts récents de 2014, la Cour de cassation consacre l'existence internationale de la République de Chine-Taiwan comme sujet de droit reconnu *de facto* et lui octroie le bénéfice d'attributs étatiques.

Ce constat fait, il faut comprendre le sens et la portée de ces récentes évolutions jurisprudentielles. Une première lecture, inspirée par l'implication grandissante de l'État dans un marché globalisé et l'émergence d'un droit international plus impératif, insisterait sur la contraction de ses privilèges régaliens. Une lecture opposée constaterait que la protection des biens publics étatiques se déploie plus fortement par une limitation des renoncements possibles à ces privilèges et une conception assouplie de la notion d'État.

J'aime à penser qu'aucune de ces lectures ne tient lieu de théorème.

Que l'on partage ou non les solutions apportées – et la critique est parfois vive –, que l'on peine à y lire une trajectoire linéaire, que l'on soit dubitatif sur la réalité de la coutume internationale invoquée, le fait est que ces jurisprudences audacieuses témoignent d'une approche *pragmatique* des relations internationales et du droit des États. Ce sera le fil conducteur de mon intervention.

Tout d'abord, évoquons la question du statut de l'État autour du cas de la République de Chine-Taiwan³²⁵. On le sait, une querelle historique oppose la doctrine sur la définition de l'État³²⁶ et sur les effets de sa reconnaissance³²⁷. Ces débats n'ont jamais vraiment cessé³²⁸ au point que pour un auteur : « *la profusion des théories [indiquerait] qu'il n'y a tout simplement pas de théorie unifiante à découvrir* »³²⁹.

À ces interrogations théoriques, s'ajoutent les incertitudes liées à la mutabilité dans le temps et l'espace des reconnaissances étatiques. Des évolutions géopolitiques amènent des États à dénier ou retarder la reconnaissance d'une nouvelle entité qui peine ainsi à trouver son assise internationale. Inversement, d'autres entités souveraines bien que non reconnues par une partie de la communauté des Nations parviennent à agir comme un État sur la scène internationale.

Face à cette absence d'automatisme causale entre reconnaissance et existence de l'État, la jurisprudence judiciaire est restée hésitante.

325. Cette question peut émerger devant le juge judiciaire à la faveur d'un contentieux sur la capacité à agir d'une entité qui se présente comme étatique ou lorsque celle-ci ou l'une de ses émanations revendiquent le jeu d'une immunité de juridiction ou d'exécution.

326. Comme le démontre pertinemment un éminent auteur, aux termes d'une étude approfondie concernant la Palestine mais aussi le Kosovo, on peut même se demander (un peu par provocation) si la question de l'existence d'un État relève du droit international ? M. Forteau, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable ? » *RGDIP*, 2007, p 739-740.

327. La reconnaissance par un État d'un autre État résulte-t-elle de la ratification sans réserves d'un traité multinational auquel participe l'État dont le statut international est contesté ?

328. « *Acte par lequel un État, constatant l'existence de certains faits (un État nouveau, un gouvernement, une situation, un traité, etc.) déclare ou admet implicitement qu'il les considère comme des éléments sur lesquels seront établis ses rapports juridiques, cela avec les modalités explicites ou implicites que peut comporter cette reconnaissance* », J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, éd. Sirey, 1960.

329. D. Alland, « Dialogue sur la reconnaissance d'État » (à propos d'un ouvrage récent), *Journal du droit international (Clunet)*, n° 2, avril 2014.





Le juge a tout d'abord estimé que l'immunité étatique devrait être réservée à des entités ayant sur le plan international une personnalité et une existence effective, c'est-à-dire classiquement : un territoire, une population, une autorité et des compétences étatiques reconnues.

Position tenue par la cour d'appel de Paris, tout d'abord en 1969 à propos de la République démocratique du Nord Vietnam³³⁰, puis quarante ans plus tard à propos du statut de Taïwan³³¹.

On a pu craindre que l'autorité judiciaire interfère dans le jeu des relations diplomatiques³³² alors, me semble-t-il, qu'une telle solution évitait surtout l'écueil d'une opposition entre une reconnaissance *de facto* affirmée par le juge et une reconnaissance *de jure* que notre diplomatie se refuserait à donner pour une même entité.

Le cas de Taïwan, revisité par la Cour de cassation, est à cet égard à emblématique. Dans un premier temps, la Cour a admis la qualité de partie à l'instance de Taïwan dans le litige dits des frégates et sa capacité à agir³³³. De même, le Conseil d'État a relevé que cette entité possédait une existence juridique pour délivrer des visas à ses ressortissants sans avoir à évoquer la question de sa reconnaissance³³⁴. La Cour de cassation vient toutefois de juger, les 19 mars et 5 novembre 2014, que Taïwan avait été reconnue *de facto* par la France et bénéficiait, en qualité de sujet de droit international, d'attributs étatiques³³⁵. En conséquence, les assignations qui lui sont adressées doivent transiter par son « *ministère des affaires étrangères* » et suivre une voie quasi-diplomatique. C'est l'arrêt du 19 mars. En conséquence également, Taïwan était propriétaire d'un terrain sur lequel avait été édifié un bâtiment ayant servi à l'ouverture de son consulat au jour même de l'établissement de relations diplomatiques officielles entre la France et Pékin le 27 janvier 1964. C'est l'arrêt du 5 novembre. Ce faisant, la cour escamote l'objection tirée de la continuité entre les deux États sur un même territoire comme elle élève d'un cran le statut international de Taïwan en le mettant en contraste avec celui de la République Populaire de Chine reconnue *de jure*³³⁶.

330. 1^{ère} Civ, 2 novembre 1971, n° 69141100, Bull Civ, n° 278. P. Bourel, RCDIP, 1972, p 310.

331. CA Paris, Pôle 1 – Ch 2, 30 mars 2011, RG 10/18825. « *La République de Chine, non reconnue par la République Française, constitue en fait un État souverain et indépendant auquel la courtoisie internationale impose qu'il ne soit pas porté atteinte* ».

332. M. Ruzié, JCP, 1969, II n° 15954.

333. Crim, 6 avril 2005, n° 0482598, statuant dans l'affaire dite des frégates, 1^{ère} Civ, 11 février 2009 n° 0618746, arbitrage avec la société Thalès, contrat dit « *Bravo* », prévoyant la livraison de frégates à la marine de la République de Chine, Civ 2^e, 6 mai 2010, n° 0870456.

334. Décision du 27 mars 1981, n° 21154, sur un recours tendant à la reconnaissance du statut de réfugié faisant état du fait que les « *autorités de Taïwan* » ont fourni des papiers mentionnant que la requérante possède la nationalité chinoise. Décision n° 254042 du 7 juillet 2003, rejetant une demande d'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M., ressortissante de Taïwan, ...* » ; Décision 22 janvier 2007, n° 289321, à propos d'un refus d'admission à concourir, relevant « *que le document, émanant de l'ambassade de Taïwan à Paris et produit par l'intéressé, attestant ...* ».

335. 1^{ère} Civ, 2 novembre 1971, n° 6914100 ; 1^{ère} Civ, 19 mars 2014, n° 1120312 ; 1^{ère} Civ, 5 novembre 2014, n° 1316307.

336. L'île de Formose abrite la République de Chine. À Taïwan, la France dispose d'une « entité » à statut *sui generis*, l'Institut français, tandis que la République de Chine a, à Paris, un représentant officiel, diplomate professionnel, et un bureau délivrant des visas.





La motivation de ce dernier arrêt de rejet mérite d'être rappelée : « *la cour d'appel a relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain, d'apprécier la commune intention des parties, que le communiqué franco-chinois du 27 janvier 1964 annonçait uniquement l'établissement de relations diplomatiques entre la France et la République populaire de Chine [Pékin], mais pas la rupture des relations entretenues avec la République de Chine [Taïwan], et constaté que celle-ci, ayant pu continuer à agir devant les juridictions françaises et conclure des accords commerciaux avec la France, avait implicitement mais nécessairement été reconnue comme sujet de droit* ».

Cet attendu appelle un commentaire et ouvre une perspective. Le commentaire porte sur la singularité du raisonnement appliqué à la résolution d'une question internationale. La motivation, aux accents civilistes, emprunte aux articles 1134 et suivants du code civil, la référence à la *commune intention des parties*, ce qui conduit à donner au juge un pouvoir souverain dans l'interprétation d'une déclaration intergouvernementale.

Ceci n'a rien d'étonnant si l'on rappelle que la théorie de l'acte de gouvernement, d'ailleurs largement écornée par la reconnaissance d'actes détachables, n'était pas invoquée devant la Cour de cassation. De même, cette jurisprudence renvoie aux oubliettes l'ancienne théorie de l'acte clair en droit international. Bien qu'elle n'ait jamais été proclamée, la reconnaissance de Taïwan peut ainsi se déduire « *implicitement mais nécessairement* » du maintien des relations quasi-diplomatiques, culturelles et économiques de la France avec cette entité.

Quelles perspectives ouvre cette jurisprudence ? Il faut vite écarter l'idée suivant laquelle la solution adoptée traduirait un partage de souveraineté sur le même territoire Chinois.

La chambre criminelle l'avait déjà rappelée indirectement quelques mois plutôt en refusant à la région administrative de Hong Kong un statut international pour demander une extradition³³⁷. De plus, à la supposée véritable, l'ambiguïté de la déclaration de 1964 stigmatisée a été ultérieurement dissipée par deux communiqués officiels en 1991³³⁸ et 1994³³⁹ rappelant que, du point de vue du Gouvernement de la République française, il n'existe qu'une seule Chine. En réalité cette solution

337. La chambre criminelle casse un arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait donné un avis favorable à une demande d'extradition formulée par Hong Kong « *alors que la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine ne constitue pas un État souverain au sens des articles susvisés et qu'aucune convention d'extradition n'existe entre la France et ladite région, pourtant habilitée, en application de l'article 96 de la Loi fondamentale adoptée le 4 avril 1990, à conclure, avec l'aide ou l'autorisation du gouvernement de la République populaire de Chine, de telles conventions* ». Crim., 14 février 2012, n° 187679.

338. Communiqué du ministère des affaires étrangères français en date du 27 septembre 1991 « *La France réaffirme les termes de la déclaration conjointe franco-chinoise de janvier 1964 selon laquelle le gouvernement de la République Populaire de Chine est le seul Gouvernement légal de la Chine* ».

339. Communiqué conjoint franco-chinois, en date du 12 janvier 1994 : « *La partie chinoise a réaffirmé sa position de principe constante sur le problème de Taïwan. La partie française a confirmé que le Gouvernement français reconnaît le Gouvernement de la République Populaire de Chine comme l'unique Gouvernement légal de la Chine, et Taïwan comme une partie intégrante du territoire chinois* ».





fait émerger un succédané d'État, une figure dégradée dotée pour les besoins de la cause d'attributs étatiques³⁴⁰. Cette solution doit beaucoup à la souplesse procédurale des textes de procédure en litige³⁴¹.

Pour accorder le bénéfice d'une immunité de juridiction, la cour préfère ainsi inviter les juges à examiner l'intensité des liens unissant la France avec une entité étrangère, sujet de droit, plutôt que d'ouvrir un débat délicat sur son existence internationale³⁴². C'est la même approche pragmatique qui conduit la Cour à rappeler que la recherche de liens structurels et organiques entre une entité et l'État dont elle serait l'émanation n'est plus un critère déterminant pour apprécier une immunité étatique. Cette position fait écho à la convention des Nations Unies de 2004. C'est en réalité l'exercice d'une activité souveraine par l'entité concernée qui permet de l'identifier à l'État lui-même et de lui octroyer le régime juridique particulier des immunités étatiques, ce qu'il convient maintenant d'aborder.

Évoquons dans un second temps la question des immunités étatiques au travers l'exemple des jurisprudences sur la dette Argentine. L'évolution jurisprudentielle qui depuis l'arrêt *Veuve Caratier-terrascon* du 5 mai 1885 à l'arrêt *Eurodif* du 14 mars 1984 a conduit la Cour de cassation à abandonner le caractère absolu des immunités dites « *Westphaliennes* » est bien connue³⁴³. Une distinction est ainsi opérée entre les fonds et biens affectés à une activité privée, qui échappent à l'immunité d'exécution, et ceux affectés à une activité de service public, qui sont couverts par l'immunité d'exécution. De même, est bien connue la jurisprudence reconnaissant la faculté pour les États de renoncer à leurs immunités³⁴⁴ à la demande de créanciers désireux de rétablir l'équilibre des droits en présence.

L'effet ciseau produit par cette double évolution – la contraction du champ des immunités et la possibilité de renonciation contractuelle –, a fait éclore de nouvelles

340. Au passage, on relèvera que par cet artifice la répartition des pouvoirs est respecté puisque la reconnaissance *de facto* n'atteint pas la reconnaissance *de jure* que le juge interprète néanmoins.

341. Cette solution apportée tient beaucoup à la souplesse de l'article 684 du CPC qui prévoit des notifications internationales à d'autres entités qu'un État. La cour a cherché à éviter que la dénégaration de tout statut à Taïwan ne conduise à notifier un acte judiciaire destiné à Taïwan, via notre représentation diplomatique à Pékin à charge pour lui de retransmettre l'acte aux destinataires Taïwanais.

342. La relativité de la qualité étatique trouve déjà une illustration en droit international au travers l'exemple de la Palestine, puisque celle-ci n'est pas considérée comme un État par certains sujets du droit international tout en ayant conclu des traités en tant qu'État avec d'autres.

343. Immunité d'exécution cantonnée aux actes de souveraineté (*acta jure imperii*) par opposition aux actes de nature commerciale ou relevant du droit privé (*acta jure gestionis*). « *L'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger est de principe, mais elle peut être exceptionnellement écartée, il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice* » (attendu de principe). Dans la suite de cet important arrêt, l'arrêt *République du Congo c. Syndicat des propriétaires de l'immeuble Résidence Antony Châtenay* du 25 janvier 2005, est venu précisé que « *selon les principes de droit international relatifs aux immunités, les États étrangers bénéficient par principe de l'immunité d'exécution, qu'il en est autrement lorsque le bien saisi se rattache, non à l'exercice d'une activité de souveraineté, mais à une opération économique, commerciale ou civile relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice* ».

344. Tel est le cas par exemple d'une renonciation implicite lorsque l'État accepte d'être partie à une convention d'arbitrage : *Creighton*, 1^{ère} Civ, 6 juillet 2000, n° 9819068 où « *L'engagement pris par un État signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international implique renonciation de cet État à l'immunité d'exécution* ».





inquiétudes sur l'efficacité et l'étendue des immunités étatiques dont la définition étymologique signifie tout de même « *exemption de charges* » chaque fois que les intérêts souverains de l'État (impôts, taxes, biens publics, armement) se trouvent trop fortement remis en cause. Dans ce contexte, marqué également par l'œuvre codificatrice de la convention des Nations Unies de 2004, la Cour de cassation³⁴⁵, en moins de trois ans (les 28 septembre 2011, 28 avril 2013 et 5 mars 2014³⁴⁶), vient d'assigner un nouveau cadre au droit de l'immunité d'exécution des États. Trois points méritent d'être soulignés.

1) La Cour de cassation reconnaît, sauf renonciation expresse et spéciale, une immunité diplomatique d'exécution autonome des États pour le fonctionnement de leurs représentations diplomatiques³⁴⁷. Le principe de cette immunité autonome qui puise dans la coutume est très proche de celles prévues par la convention de Vienne de 1961. Cette consécration n'a pas été sérieusement contestée en doctrine. La présomption de biens publics pour les fonds déposés sur les comptes bancaires de ces représentations a été plus discutée. Elle rend plus difficile pour le créancier son renversement tant en raison de la fongibilité de ces fonds que de la confidentialité entourant le fonctionnement des ambassades³⁴⁸.

2) La Cour de cassation considère que le droit d'accès au tribunal de l'article 6-1 de la Convention EDH ne s'oppose pas à cette immunité d'exécution puisque le créancier dispose d'autres voies pour obtenir réparation. En l'état de la jurisprudence du Conseil d'État, ce créancier peut rechercher la responsabilité de l'État étranger³⁴⁹ sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques en cas de préjudice « *grave et spécial* », ce qui reste à caractériser. La Cour EDH a implicitement et très récemment confirmé cette analyse par un arrêt d'irrecevabilité³⁵⁰.

345. Le droit des immunités étatiques est donc en pleine mutation au point que l'Académie de droit international public et privé vient d'y consacrer récemment une nouvelle session à destination des praticiens de droit public et privé. « *C'est le cas par exemple des contours matériels et personnels des immunités de juridiction des représentants des États comme le montrent les travaux récents de la Commission du droit international dans ce domaine. On mentionnera aussi les immunités de juridiction et d'exécution des États eux-mêmes qui sont couvertes par la Convention des Nations Unies de 2004 actuellement en cours de ratification, mais font cependant encore l'objet de nombreuses controverses comme le confirment la jurisprudence nationale récente aux États-Unis et en Europe, mais aussi celle de la Cour EDH ou tout dernièrement celle de la CIJ. Parallèlement aux développements de droit international, les immunités se trouvent aussi au cœur de la pratique de nombreux États depuis quelques années, notamment lorsqu'ils constituent un lieu de passage de représentants de l'État ou sont les États hôtes d'organisations internationales, ce qui explique l'existence de diverses réglementations et de jurisprudences nationales sur la question* ».

346. 1^{ère} Civ, 28 septembre 2011, n° 0972057 ; 28 mars 2013, n° 1025938 et 1110450 ; 5 mars 2014 n° 1222406.

347. *Ibid*, 28 septembre 2011.

348. B. Audit et L. Davout, *Droit international privé*, Economica, 2010, n° 414.

349. CE Section 14 octobre 2011 Mme Saleh et autres n° 329788 « *Il résulte d'une règle coutumière du droit public international que les États bénéficient par principe de l'immunité d'exécution pour les actes qu'ils accomplissent à l'étranger* » « *cette immunité fait obstacle à la saisie de leurs biens, à l'exception de ceux qui ne se rattachent pas à l'exercice d'une mission de souveraineté* ».

350. CEDH, 5 février 2015, aff. 23242/12. La Cour EDH vient ainsi de rejeter pour non épuisement des voies de recours internes, en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention EDH, une requête formée par la société NML Capital LTD contre la France à la suite de l'arrêt de la première chambre civile du 28 septembre 2011 qui a rejeté son pourvoi en contestation de l'arrêt d'appel ordonnant la mainlevée de la saisie conservatoire qu'elle avait fait pratiquer sur les comptes bancaires de l'ambassade de la République Argentine en France. La Cour a constaté que cette société, qui s'est ainsi vu opposer





3) La Cour de cassation reconnaît une immunité d'exécution des États pour les biens « utiles et nécessaires au fonctionnement de cet État »³⁵¹ sauf renonciation écrite, expresse, spéciale et ciblée³⁵².

On ne peut taire la polémique qui est née de ces jurisprudences. Tour à tour, on a pu dire de ces arrêts *prétoriens* qu'ils s'appuieraient sur une coutume internationale non cristallisée et procéderaient d'une *vision circonstancielle*. On a également tenté d'enfermer les solutions apportées dans le contexte de la crise budgétaire des États, en lisant dans les jurisprudences le bon cœur de la Cour pour des États faibles au bord de la faillite laissant leurs créanciers totalement démunis.

La Haute juridiction se serait en somme livrée à une interprétation souverainiste *extrapolatoire* exagérément restrictive des clauses de renonciation de l'État, et ce en raison de la nature spéculative du fonds d'investissement à l'origine des poursuites. Ce pourquoi, on a pu parler de la jurisprudence sur les « fonds *vautours* ». Pire, pour mieux souligner de prétendus paradoxes dans la solution apportée, on a dit que cette jurisprudence produirait des effets inverses à l'intention prêtée à la Cour, puisqu'elle risquerait d'assécher le crédit des États, leur capacité de lever des fonds importants auprès de créanciers désormais trop bien avertis.

Sans faire litigieux de toutes ces critiques, il est important de rappeler en quelques remarques ce qui me paraît être les avancées juridiques majeures de ces jurisprudences. Tout d'abord, la Cour de cassation rompt avec la jurisprudence précitée *Eurodif*. Cette ancienne jurisprudence³⁵³ avait posé pour critère déterminant de la reconnaissance de l'immunité d'exécution la « *connexité* » entre le bien saisi et la créance invoquée. Dans la même inspiration, la Cour de cassation juge que les immunités d'exécution des organisations internationales couvrent la seule activité exercée par l'organisation pour réaliser les objectifs fixés dans ses statuts³⁵⁴. Désormais, la nature publique ou privée du bien étatique, davantage que son rattachement à l'opération économique ayant donné lieu à la demande en justice, est le critère opérant³⁵⁵.

Ensuite, la Cour ne fait plus référence aux principes de droit privé régissant les immunités des États étrangers mais à la coutume internationale reflétée dans la convention des Nations Unies de 2004³⁵⁶, ce que certains auteurs contestent³⁵⁷.

Enfin, la Cour de cassation assujettit la renonciation des États à leurs immunités à plusieurs conditions. Cette renonciation doit tout d'abord résulter d'un écrit, et

l'immunité d'exécution diplomatique, n'avait pas saisi la juridiction administrative en réparation de son préjudice « *grave et spécial* ».

351. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 9^e éd. 2007, p. 665.

352. 1^{ère} Civ, 28 mars 2013, n° 1025938 ; 5 mars 2014, n° 1222406.

353. En participant aux opérations du commerce international, l'État devient le concurrent des entreprises privées, il doit donc être soumis aux mêmes règles du jeu (Grands arrêts du droit international privé, n° 65-66, p. 595).

354. 1^{ère} Civ, 14 octobre 2009 n° 0814978.

355. Sans doute la jurisprudence *Sonatrach* du 1^{er} octobre 1985 n° 8413605, pourtant cantonnée aux immunités d'exécution pour les organismes publics distinct de l'État, a inspiré la solution apportée.

356. CIJ, 3 février 2012, Immunités juridictionnelles de l'État, *Allemagne c. Italie, Grèce intervenant*, n° 113.

357. G. Cuniberti, note sous 1^{ère} Civ, 28 mars 2013, *JDI*, 2013.914.





semble remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation ayant admis des renoncements implicites (il est vrai dans le domaine spécifique de l'arbitrage), comme celles pouvant résulter de la volonté de soumettre le différend à un arbitre (*Qatar c. Creighton*) qui avait estimé le contraire³⁵⁸.

Ensuite, cette renonciation ne peut produire ses effets qu'à l'égard du créancier avec lequel l'État est engagé, c'est en cela qu'elle est ciblée.

Enfin cette renonciation doit être expresse, comme la Cour l'avait déjà réaffirmé, peu de temps auparavant pour les représentations diplomatiques et l'immunité de juridiction des États. Mais cette renonciation – c'est ici que la critique est la plus vive – doit aussi être spéciale³⁵⁹.

Cette affirmation prétorienne n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour concernant les immunités d'exécution des organisations internationales posant l'interprétation stricte des exceptions conventionnelles à cette immunité. Mais est-ce une traduction fidèle de la coutume cristallisée ?

À lire les documents de procédure, on s'aperçoit que si la condition de spécialité de la renonciation n'est pas dans le texte de la Convention des Nations Unies (article 19 devenu 21), le rapport publié par la Commission de droit international, au moins dans sa première version, et les quelques grandes décisions internationales y font référence. Parmi ces décisions, un débat s'est noué lors de l'examen de ces affaires sur la position prise par la CIJ dans son arrêt du 3 février 2012, *Allemagne c. Italie*, notamment sur les points 117 et 118. La CIJ fait part de ses doutes sur l'existence d'une coutume internationale exigeant une renonciation spéciale, mais mentionne qu'un État peut renoncer au bénéfice de son immunité d'exécution « à l'égard d'un bien », ce qui a influencé la chambre pour retenir le principe de spécialité.

Pour une compréhension la plus complète de la solution dégagée dans les affaires *Argentine*, il faut aussi tenir compte des quelques éléments factuels propres à l'affaire. Les clauses de renonciation de l'Argentine à son immunité d'exécution excluaient toutes saisies sur les biens régaliens localisés sur son territoire ordonnées par les tribunaux du *for*. Une interprétation en creux, par trop équivoque, risquait de conférer sur ces biens souverains localisés en Argentine plus de droits aux juridictions étrangères qu'aux juridictions étatiques. C'est donc bien plus en raison de la nature particulière des biens souverains en cause que de clauses de renonciation équivoques que la solution a été prise.

Toutefois, sous le feu de la critique, la première chambre civile a décidé le 30 mars 2015 d'examiner dans sa formation de section un pourvoi posant à nouveau la question de l'exigence de spécialité dans une affaire impliquant la République du Congo.

358. 1^{ère} Civ, 6 juillet 2000 n° 9819068 : « *l'engagement pris par l'État signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution* ».

359. 1^{ère} Civ, 9 mars 2011, n° 0914743 : « *Mais attendu que l'arrêt rappelle exactement que, si un État peut renoncer à son immunité de juridiction dans un litige, cette renonciation doit être certaine, expresse et non équivoque* ».





Est-il permis de lire dans cette orientation une nouvelle évolution, au risque de créer une nouvelle instabilité ? Je ne saurais le dire. Cette affaire sera en toute hypothèse l'occasion d'un nouvel examen du dernier état de la coutume internationale et des jurisprudences des cours internationales et suprêmes sur ce point³⁶⁰. C'est ce qui importe.

Pour conclure, je dirais, dans le mouvement de cette dernière affaire, que des interrogations persistent aujourd'hui sur la trajectoire et le point d'arrivée de cette marche jurisprudentielle. Je ne crois pas que ces évolutions traduisent les errements d'un juge égaré dans un environnement inconnu. Elles révèlent, à l'instar du tableau du vieil homme marchant dans la forêt qui orne la salle d'assemblée générale du Conseil d'État, un juge en réflexion, attentif à faire correspondre sa vision pragmatique du droit international public avec l'évolution de l'*opinio juris*.

Emmanuel Piwnica

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Est sujet de droit celui qui est doté de la personnalité juridique. Les personnes sont des sujets de droit, qu'elles soient physiques ou morales et, pour ces dernières, de droit public ou privé.

Le sujet de droit a, par principe, vocation à devenir titulaire de droits ou débiteur d'obligations. Sa capacité juridique est susceptible de degrés ; elle peut se trouver limitée, en jouissance ou en exercice. Cette notion est indépendante de l'activité de la personne. Les buts que cette personne poursuit sont susceptibles d'avoir un effet sur son régime ; de la même manière que son âge peut avoir des conséquences sur sa capacité. Pour une personne physique, il y a évidemment la distinction majeur/mineur. Pour une personne morale, certaines se voient reconnaître des droits à l'issue d'un délai, comme la faculté de se constituer partie civile par exemple³⁶¹. Une personne physique peut affecter son patrimoine à une activité professionnelle ; une personne morale doit préciser son but : lucratif ou non.

Si l'on s'en tient aux personnes morales, leur capacité de jouissance est gouvernée par le principe de *spécialité* ; leur capacité d'exercice est mise en œuvre par le truchement de leurs organes. Elles peuvent agir en justice pour se défendre – avec parfois, dans un passé maintenant révolu, des difficultés opposées aux étrangers –,

360. Par un arrêt du 13 mai 2015 (n° 1317751), destiné à la plus grande publicité (notamment au rapport annuel), la première chambre civile à opérer un revirement majeur : « *Attendu que, pour confirmer le jugement du juge de l'exécution ayant prononcé la mainlevée des saisies, l'arrêt retient que, selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des États étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'État accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale ; qu'en l'espèce, la renonciation par la République du Congo dans la lettre d'engagement du 3 mars 1993 n'est nullement spéciale ; Qu'en statuant ainsi, alors que le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution, la cour d'appel a violé les règles susvisées.* »

361. V. par exemple les articles 2-1 et suiv. du code de procédure pénale qui imposent à des associations une ancienneté de cinq ans pour se constituer partie civile en ce qui concerne certaines infractions.





elles sont responsables civilement, voire pénalement³⁶². Les régimes peuvent être différents selon les personnes ; mais ils n'affectent pas l'existence même de leur personnalité. Voilà, à grands traits, pour le droit interne.

En droit international, la qualité de sujet de droit international est reconnue à deux, et seulement deux, types de personnes : les États et les organisations internationales gouvernementales.

Les éléments constitutifs de l'État sont connus : une population, un territoire, un gouvernement, et l'onction indispensable à son fonctionnement : la souveraineté. On s'est interrogé sur le statut des entités décentralisées au sein d'États. Ni un Land³⁶³, ni un État fédéré, ni un pays ou territoire d'outre-mer³⁶⁴ ne sont des États dans l'ordre international. On leur reconnaîtra un statut spécifique, des droits et un certain degré d'autonomie, mais ce ne seront pas pour autant des sujets de droit international.

En revanche, les mutations continuent à susciter de réelles querelles de qualification. Le statut de Taïwan en a offert de récentes illustrations³⁶⁵.

L'organisation internationale gouvernementale, de son côté, a un fondement conventionnel et une nature institutionnelle. La convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités³⁶⁶ la définit dans l'ordre juridique international comme une « *organisation intergouvernementale* »³⁶⁷, même si elle peut être ouverte à des entités non étatiques. Le sujet de droit international oscille ainsi « *entre souveraineté et communauté* »³⁶⁸.

Le droit international n'ignore pas pour autant les sujets de droit interne, et notamment les entreprises. À l'échelle internationale, la réflexion est menée sur leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme. À l'échelle nationale, leur responsabilité est parfois recherchée à raison de violations du droit international. D'où une légitime interrogation sur le statut de l'entreprise dans l'ordre international.

Une entreprise privée dont l'objet est, par hypothèse, l'exercice d'une activité profitable, fût-elle multinationale, n'est pas un sujet de droit international. Et cela quelle que soit son importance. En effet, même s'il existe des États dont la population regroupe à peine quelques milliers d'âmes sur un territoire exigu ou

362. Pour la France : article 121-2 du code pénal créé par la loi n° 92683 du 22 juillet 1992, modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ; la responsabilité pénale des personnes morales existe dans de nombreux autres pays.

363. CE, 30 mars 1994, *Association de défense de la Cinq*, Rec. p. 174.

364. CE, Ass., 19 avril 1991, *Faure*, Rec. p. 144, *RFDA*, 1992, p. 35, concl. Gaeremynck : convention fiscale entre le Gouvernement de la République française et le territoire de Nouvelle-Calédonie.

365. 1^{ère} Civ., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-16.307, à paraître au bulletin ; 1^{ère} Civ., 19 mars 2014, Bull. 2014, I, n° 44, p. 44 ; v. également : 1^{ère} Civ., 12 octobre 1999, Bull. 1999, I, n° 262, p. 171 (Yougoslavie).

366. Il sera fait référence à cette convention qui codifie le droit, sachant que la France ne l'a pas ratifiée en raison essentiellement de son opposition aux stipulations relatives à la coutume internationale.

367. Article 2.1 i) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États. Une deuxième convention signée à Vienne le 21 mars 1986 concerne les traités entre États et organisations internationales et entre organisations internationales.

368. A. Pellet, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, éd. A. Pedone, 2014.





que d'autres États sont d'une pauvreté absolue, tandis que certaines entreprises peuvent regrouper des centaines de milliers voire plusieurs millions de salariés et disposer de possessions territoriales considérables avec des chiffres d'affaires et des résultats à faire pâlir d'envie certains budgets étatiques, cela ne suffit pas à faire de ces sociétés des sujets de droit international.

Si les entreprises ne sont pas – encore – des sujets de droit international, c'est parce que la capacité internationale leur fait défaut, ce dont témoigne leur place dans la création de la norme internationale (1) et dans sa sanction (2).

1. La norme

Le sujet de droit international entretient avec la norme un rapport « *contractuel* », quand le sujet de droit interne se trouve lui dans un rapport « *légal* ». Le premier produit la norme par laquelle il s'oblige ; le second la subit. Pour autant, si l'entreprise concourt à la production de la norme, elle n'en n'est ni auteur, ni co-auteur (1), tandis que la norme est susceptible de créer des droits et obligations dans son chef (2).

1.1. L'élaboration de la norme

Le sujet de droit international – Le droit international est une production des sujets de droit international. La règle se vérifie quelle que soit la source de droit international qu'on envisage. Pour le droit issu des traités, tout d'abord : le terme de « *traité* » désigne tout accord entre sujets de droit international, régi par le droit international³⁶⁹. Pour les actes unilatéraux, ensuite, qui ne produisent d'effet dans l'ordre juridique international qu'autant qu'ils émanent d'États ou d'organisations internationales. Pour la coutume internationale, encore, qui naît du comportement des sujets de droit international (pratique suffisamment générale) et de leur conviction quant à sa force obligatoire (*opinio juris*)³⁷⁰ ce qui implique un consensus progressif et informel entre sujets de droit international³⁷¹. Pour les principes généraux de droit, enfin, puisqu'il s'agit de principes communs aux différents systèmes juridiques, transposables dans l'ordre juridique international³⁷².

L'entreprise – Il ne saurait être question d'affirmer de manière péremptoire que les entreprises, notamment multinationales, ne prendraient aucune part à l'élaboration du droit international. À l'instar des organisations non gouvernementales ou d'autres groupes d'intérêts, elles exercent une influence qui, pour informelle qu'elle soit, n'en est pas moins réelle et efficace. Qu'elles soient capables de susciter la création de normes, d'obtenir leur modification, voire leur suppression, est indiscutable. Qu'il s'agisse de normes nationales ou internationales, le *lobbying* fait partie de la vie des assemblées parlementaires ; voire de celle des juridictions

369. Article 2.1 de la Convention de Vienne de 1969 : « *l'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière* ».

370. CIJ, 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, Rec. 1969, p. 3.

371. Article 38.1 du statut de la CIJ : la Cour applique « *b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* ».

372. Article 38.1 du statut de la CIJ : la Cour applique « *c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ».





suprêmes : qu'on l'appelle intervenant volontaire, *amicus curiae* ou porte étroite, une entreprise, un groupement d'entreprises cherchera à faire prévaloir son point de vue devant la juridiction qui sera chargée d'interpréter la norme. Ce n'est pas nécessairement néfaste puisque cela permet aussi d'avoir un débat complet qui n'affecte pas d'ignorer des intérêts en jeu. Alors qu'ils sont présents, et parfois même très prégnants. On a vu ainsi des normes réalisées sur mesure pour une entreprise en particulier³⁷³. C'est pourquoi les associations et les groupements font le siège des centres de pouvoir nationaux et internationaux, qu'ils relèvent de l'exécutif ou du législatif.

Mais la capacité d'influencer – licitement s'entend – la prise de décision, de faire adopter une norme, est une question distincte de celle de la production de la norme. Une entreprise privée n'est pas auteur ni même co-auteur indirect d'une norme, qu'elle soit nationale ou internationale, quand bien même cette norme serait conforme à ses intérêts. Pas plus qu'une organisation non gouvernementale, aussi importante soit-elle, qui peut inspirer des normes sans en être l'auteur. Qu'une norme bénéficie à une personne ne fait pas de celle-ci un co-auteur.

Les entreprises prennent des actes unilatéraux ; elles concluent des contrats qui sont susceptibles de revêtir une portée internationale. Ces contrats peuvent être des contrats de droit privé ou de droit public. Ils peuvent être soumis aux juridictions nationales ou à des arbitres. En revanche, ces entreprises demeurent inaptes à s'engager internationalement : un contrat conclu entre un État et une société ne peut prétendre à la qualification de traité³⁷⁴, fût-il un contrat de droit public, et cela quelle que soit la puissance économique de l'entreprise contractante. De même, leur pratique ne contribue pas directement à la construction de la coutume internationale.

1.2. L'autorité de la norme.

Quant aux effets, la norme internationale n'oblige pas le sujet de droit international et le sujet de droit interne selon les mêmes modalités.

Le sujet de droit international – En principe, le sujet de droit international se soumet volontairement à la norme internationale. C'est un acte de souveraineté. Il est vrai que ce principe est, parfois, malmené : on peut avoir des doutes sur le caractère volontaire de certains actes. La question n'est pas ici de savoir s'il peut y avoir des vices du consentement en droit international à l'instar de ceux que l'on connaît en droit interne, ou de prétendre que, par exemple, la *violence* ne ferait pas partie du paysage juridique international. Il n'en reste pas moins vrai que, dans le principe, le consentement est présumé³⁷⁵. Le sujet de droit international signe

373. V. par exemple, l'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales : « Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats », texte réalisé pour Eurodisney.

374. CE, 30 mars 1994 ; CE Ass., 19 avril 1991, précités ; 1^{ère} Civ., 2 décembre 1980, Société nationale des tabacs et allumettes, AFDI 1981, p. 802 ; CIJ, 22 juillet 1952, Anglo-Iranian Oil Co., Rec. p. 93.

375. La convention de Vienne de 1969 contient une section relative aux vices du consentement (art. 46 et s.).





ou adhère au traité international qui a un effet relatif et n'oblige les États tiers qu'à la condition qu'eux-mêmes y consentent³⁷⁶. Tout au plus un État tiers peut-il bénéficier de droits, que ce soit par le truchement d'une clause de la nation la plus favorisée ou d'une stipulation pour autrui.

Quant à la coutume, elle s'impose en principe aux États qui n'ont pas contribué à sa formation et qui ne l'ont pas expressément acceptée. Et l'on connaît, au demeurant, la position de la France à cet égard³⁷⁷. De même, les nouveaux États qui n'ont pas participé à la formation de la coutume y sont soumis. Il n'en reste pas moins que le consentement, s'il est présumé, demeure important : un État n'est pas tenu par la règle coutumière à laquelle il s'est toujours opposé (*persistent objector rule*)³⁷⁸.

Seul le *jus cogens* s'impose pleinement, en dépit de la volonté contraire des sujets de droit international, sachant une fois encore que ces principes qui ont été codifiés à Vienne en 1969 n'ont pas été agréés par la France. Il rassemble les normes internationales d'origine conventionnelle ou coutumière dont la qualité particulière justifie le caractère impératif, introduisant ainsi au sein du droit international une hiérarchie des normes³⁷⁹.

L'entreprise – Incapable internationalement, le sujet de droit interne, lorsqu'il est concerné par la norme internationale, « *subit les effets de l'ordre juridique, d'où résultent ses droits subjectifs et ses obligations (...)* »³⁸⁰. Le plus souvent, il les subit indirectement par la médiation de l'ordre juridique interne, l'État faisant écran. Mais il arrive que le droit international crée des droits ou des obligations directement dans le chef des sujets de droit interne, et notamment des entreprises. C'est la notion d'effet direct, consacrée en droit international par l'arrêt de la CPJI (devancière de la CIJ) de 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*³⁸¹, et en droit communautaire par l'arrêt de la Cour de Luxembourg de 1963, *Van Gend en Loos*³⁸². L'effet direct suppose la réunion d'une condition subjective tenant à l'intention des

376. Article 34 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 : « *un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement* ».

377. L'ambiguïté de la nature de la coutume en droit international, l'absence de référence constitutionnelle claire, l'attachement traditionnel du juge à la souveraineté et l'hostilité française vis-à-vis du droit non écrit conduisent les juridictions françaises à accorder une place moindre à la coutume internationale qu'aux traités. Cependant, dans un récent arrêt d'assemblée (CE Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, req. n° 303678), le Conseil d'État semble être quelque peu revenu sur la place à accorder à la coutume dans la hiérarchie des normes. Il y développe une position selon laquelle, en cas d'incompatibilité entre deux conventions internationales, priorité doit être donnée à celle que lui indique de suivre la coutume internationale. Ces précisions coutumières quant aux modalités de conciliation de plusieurs traités internationaux, de valeur supra-législative, remettent en cause l'infra-légalité de la coutume au sens de la jurisprudence *Aquarone* (CE Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, req. n° 148683).

378. CIJ, 18 décembre 1951, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, Rec. 1951, p. 116.

379. Articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 ; CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Rec. p. 6 ; 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, Rec. p. 43.

380. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, éd. Montchrestien 2014, p. 321.

381. CPJI, avis consultatif 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B n° 15, p. 15 et s. : accord entre la Pologne et la ville de Dantzig relatif au statut des fonctionnaires du chemin de fer de Dantzig.

382. CJCE, aff. 26/62, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*.





parties contractantes de créer des droits et obligations dans le chef des sujets de droit interne et d'une condition objective tenant à la précision des stipulations³⁸³.

Sur le premier point, certains traités ne concernent que les relations interétatiques. Il en va ainsi du droit international humanitaire, qui régit les conflits armés. Lié au droit de la guerre, il ne crée de droits et d'obligations qu'entre belligérants : dans l'affaire dite du *Tramway de Jérusalem*, c'est en vain que l'OLP et l'association France-Palestine Solidarité ont cherché à engager la responsabilité de l'État français³⁸⁴, d'une part, et d'entreprises françaises, d'autre part³⁸⁵. De même, s'agissant des emprunts russes, le Conseil d'État a également décidé que l'accord franco-russe ne produisait pas d'effet direct à l'égard des particuliers³⁸⁶.

Sur le second point, il convient de rechercher si la norme internationale requiert des mesures d'application dans l'ordre interne. À cet égard, la convention de New-York sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990 est pour partie d'effet direct³⁸⁷ ; en revanche, la convention de New-York du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées ne l'est pas³⁸⁸.

L'effet direct est vertical³⁸⁹ : une entreprise peut toujours opposer la norme d'effet direct à l'État. Mais il peut également être horizontal et affecter les relations interindividuelles. C'est le cas, principalement, des droits et libertés garantis par la Convention EDH et, en droit de l'Union européenne, des règlements et des dispositions claires, précises et inconditionnelles du droit primaire et des directives.

2. La sanction.

La sanction de la norme internationale, dans l'ordre international, est en principe l'apanage des sujets de droits international. En matière civile, les sujets de droit interne, au nombre desquels les entreprises, sont cantonnés, pour l'essentiel, à la sphère interne (1). Cependant, si seules les personnes physiques peuvent engager leur responsabilité pénale internationale, une évolution pourrait se dessiner (2).

2.1. La matière civile.

La violation du droit international engage la responsabilité de son auteur si elle cause un dommage. La responsabilité encourue et les voies de droit dont elle est justiciable diffèrent selon que la violation du droit international est imputable à un sujet de droit international ou à un sujet de droit interne.

383. CE Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, Rec. p. 142 : « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ».

384. CE, 3 octobre 2012, *Association France Palestine Solidarité*, req. n° 354.591.

385. Versailles, 22 mars 2013 ; non-admission du pourvoi par 1^{ère} Civ., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-19.788.

386. CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, Rec. p. 623, RFDA, 2012, p. 1, cl. J. Boucher, avis d'*amicus curiae* par G. Guillaume, note D. Alland.

387. CE Sect., 31 octobre 2008, Rec. p. 374 ; 1^{ère} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-25.864 ; 1^{ère} Civ., 13 février 2013, Bull. 2013, I, n° 12, p. 12.

388. CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, Rec. p. 261.

389. CE Ass., 23 décembre 2011, précité : effet direct vertical de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la Convention EDH et de son article 14.





Responsabilité interne ou internationale ? – La responsabilité des entreprises est une question récurrente en droit international public. Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a édicté des « *principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* » ; dans le même sens, l'OCDE a édicté en ce sens des « *principes directeurs* » à l'intention des entreprises multinationales. Mais il s'agit de normes non contraignantes.

Il existe, certes, des régimes de responsabilité unifiés, principalement en matière environnementale³⁹⁰. Mais ils relèvent de l'ordre interne, quand bien même l'entreprise responsable serait une multinationale. À ce jour, seul un sujet de droit international peut engager sa responsabilité internationale.

Les voies de droit – La responsabilité du sujet de droit international ne peut pas être recherchée devant les juridictions internes : c'est l'immunité de juridiction³⁹¹. Sa responsabilité doit être recherchée dans l'ordre international, par la voie juridictionnelle ou non juridictionnelle. Elle peut l'être par le sujet de droit international dont l'intérêt a été lésé, les différends pouvant être réglés par voie juridictionnelle ou non juridictionnelle. Les personnes privées peuvent parfois agir dans l'ordre international : des voies de règlement non juridictionnelles leur sont ouvertes³⁹², et ils ont accès à certaines juridictions internationales comme la Cour EDH ou la CJUE pour contester les actes des institutions de l'Union européenne qui leur font grief³⁹³. À l'inverse, la responsabilité du sujet de droit interne et notamment d'une entreprise à raison d'une violation du droit international, dans une hypothèse d'effet direct, doit être recherchée devant les juridictions internes. Le cas échéant, c'est au juge national qu'il incombe de mettre en œuvre le droit matériel unifié. Au titre des exceptions, il faut naturellement réserver l'hypothèse des juridictions de l'Union européenne, notamment en matière de concurrence.

2.2. La matière pénale.

En matière pénale, à l'inverse, la responsabilité pénale internationale ne concerne que les sujets de droit interne, et plus particulièrement les personnes physiques.

Sujet de droit interne versus sujet de droit international – Des débats ont eu lieu, dans le cadre de la Commission de droit international des Nations Unies, sur la

390. Exemples : Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire ; Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires ; Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures ; Convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

391. 1^{ère} Civ., 2 juin 2004, Bull. 2004, I, n° 158, p. 132 : État allemand ; 1^{ère} Civ., 25 avril 2006, Bull. 2006, I, n° 202, p. 178 : *Irak* ; 1^{ère} Civ., 14 décembre 2004, Bull. 2004, I, n° 310, p. 259 ; CE, 21 novembre 2012, *Agence spatiale européenne*, req. n° 363.982.

392. Droit de *communication* devant le Comité des droits de l'homme institué par l'article 28 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, en vertu du protocole facultatif ; les organisations professionnelles peuvent saisir le conseil d'administration de l'OIT, en application des articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT.

393. V. notamment CJCE, aff. 22/70, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, Rec, EU:C:1971:32, point 39 ; CJCE, aff. C-521/06, 17 juillet 2008, *Athinaïki Techniki c. Commission*, Rec, EU:C:2008:422, points 43 et 45.





notion de crime international et les modalités de sa répression³⁹⁴. Mais les sujets de droit international, et singulièrement les États, jaloux de leur souveraineté, se sont toujours montrés hostiles à l'idée de s'exposer à des sanctions pénales. À ce jour, ils n'encourent donc pas de responsabilité pénale internationale ; seuls leurs agents ou leurs gouvernants sont susceptibles d'être poursuivis. Leur responsabilité ne peut être mise en cause que pour un fait « *internationalement illicite* », qui les oblige à réparation, les expose éventuellement à des contre-mesures à connotation afflictive pour les faits les plus graves, mais à raison desquels ils n'encourent aucune « *peine* ». La responsabilité pénale internationale ne concerne que les sujets de droit interne.

De quelle juridiction sont-ils justiciables ? Les incriminations définies par des règles internationales par exemple la piraterie maritime³⁹⁵ sont, en principe, réprimées par la justice interne. Par exception, les auteurs peuvent être amenés à répondre de leur comportement devant la justice internationale suivant des procédures internationales. En tant que victimes, les sujets de droit interne ne jouissent que de prérogatives limitées. Elles n'ont pas qualité pour saisir les juridictions pénales internationales ; elles ne peuvent que transmettre des renseignements au procureur, qui décide des poursuites³⁹⁶. Devant les juridictions spéciales, les victimes ne peuvent ni participer aux débats, ni obtenir réparation ; en revanche, elles jouissent d'un véritable statut devant la Cour pénale internationale³⁹⁷.

Personne physique versus personne morale – Les personnes morales, notamment les entreprises, demeurent – essentiellement – à l'écart de la répression internationale. Le droit pénal international moderne a, au contraire, voulu rechercher la responsabilité des personnes physiques, sans que les États en leur qualité de sujet de droit international ne puissent faire écran. Le traité de Versailles prévoyait ainsi la mise en accusation de Guillaume II³⁹⁸. De même, si l'accord de Londres qui a institué le Tribunal militaire international de Nuremberg permettait de qualifier de criminel un groupe ou une organisation, les sanctions concernaient les seuls individus³⁹⁹.

394. B. Stern, « Les dilemmes de la responsabilité pénale aujourd'hui », Actes du colloque : « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique », Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001.

395. Convention internationale du 10 décembre 1982 de Montego Bay sur la piraterie ; Convention du 18 mars 1988 pour la répression des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime.

396. Articles 14 et 15 du statut de la Cour pénale internationale ; article 18 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; article 17 du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

397. Article 68 du statut de la Cour pénale internationale.

398. Article 227 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 : « *Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. Un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense. Il sera composé de cinq juges, nommés par chacune des cinq puissances suivantes, savoir les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon. Le tribunal jugera sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale internationale. Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il estimera devoir être appliquée. Les puissances alliées et associées adresseront au Gouvernement des Pays-Bas une requête le priant de livrer l'ancien empereur entre leurs mains pour qu'il soit jugé* ».

399. Article 9 de l'accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, Londres, 8 août 1945 : « *Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra*





Aujourd'hui encore, seules les personnes physiques peuvent être poursuivies et sanctionnées. Lors de l'adoption du statut de la Cour pénale internationale, la France, ayant à l'esprit le rôle joué par la radio « Milles Collines » dans le déclenchement des massacres au Rwanda, a plaidé pour que la répression internationale n'épargne pas les personnes morales. En vain : le statut de Rome limite expressément la compétence *rationae personae* aux « *personnes physiques* »⁴⁰⁰ ; il en va de même pour les tribunaux spéciaux⁴⁰¹.

Il est vrai que cette solution a été abandonnée par une juridiction internationale : le collège d'appel du Tribunal spécial pour le Liban a ainsi retenu la compétence du tribunal, en matière d'entrave à la justice, à l'égard d'une personne morale ; estimant que la responsabilité pénale des « *personnes* » vise aussi bien les personnes physiques que morales⁴⁰².

Faut-il en déduire que, dorénavant, les personnes morales de droit privé seraient des sujets de droit international ? Une telle conclusion est sans doute prématurée, même s'il est permis de penser que l'on en trouve déjà les prémises chez Georges Scelle !

déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle ».

400. Article 25 du statut de la Cour pénale internationale.

401. Article 6 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; toutefois : statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda vise la « *personne* » et non la « *personne physique* ».

402. Collège d'appel du Tribunal spécial pour le Liban, 2 octobre 2014, *New TV SAL* et *Karma Mohamed Tahsin Al Khayat*, interprétant l'article 60 bis du règlement de procédure et de preuve du Tribunal spécial pour le Liban, qui vise la « *personne* ».





Échanges avec la salle

Andreas Paulus, Juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne –
Une question pour mon collègue français de Luxembourg : après l'avis 2/13⁴⁰³ de la Cour de justice de l'Union européenne pensez-vous que l'accèsion à la Convention EDH est toujours possible ? Les traités sont-ils contradictoires ?

Koen Lenaerts

Je partage l'analyse du juge Bonichot : il est possible de surmonter la liste d'obstacles juridiques pour rendre l'adhésion possible. La Cour s'est uniquement prononcée sur les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne et de son droit. Ces exigences doivent être remplies afin de pouvoir respecter le droit primaire, car il n'y a pas seulement l'article 6 qui pose des conditions à l'adhésion : le protocole 8 soumet lui aussi des conditions matérielles au-delà de celles, procédurales, mentionnées par le juge Bonichot.

Désormais, il faut une volonté politique pour surmonter ces obstacles, et c'est une responsabilité collective. La CJUE a pris les siennes en indiquant les balises juridiques à l'intérieur desquelles l'adhésion peut avoir lieu du point de vue du droit de l'Union européenne : cette position est celle que prendraient toutes les cours constitutionnelles étatiques si elles étaient confrontées une telle question.

Il faut faire preuve de créativité, soit au sein des États membres de l'Union européenne, soit en accord avec les parties contractantes à l'extérieur de l'Union européenne, afin d'amender l'accord envisagé ou des aspects du droit primaire tels les contrôles juridictionnels des actes de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC), qui seraient prétendument contraires aux droits fondamentaux.

Question – *Il est écrit à l'article 6 que « l'Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Il y a dans ce présent de l'indicatif une forme d'impératif, tout du moins c'est comme cela que les juristes français l'interprètent, en conformité à l'emploi de ce temps dans la Constitution. C'est pourquoi je suis étonné de la manière dont vous proposez la lecture de l'article 6, même si celui-ci est complété par les protocoles.*

Jean-Claude Bonichot

Le fait qu'un texte soit rédigé au présent de l'indicatif n'a jamais été une règle absolue d'interprétation. On doit prendre le texte tel qu'il est, le régime juridique tel qu'il se trouve. Ce régime comporte effectivement l'article 6 mais également un protocole de même valeur que l'article du traité lui-même : l'article 6 § 2 et l'article du protocole auraient pu être joints dans le traité comme dans le protocole.

403. CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13.





Lorsque le protocole assure qu'il faut un accord d'adhésion, c'est qu'il faut s'entendre, et que l'accord est subordonné à certaines conditions au droit de l'Union européenne. On ne peut pas partir du principe que n'importe quel instrument d'adhésion satisfait à ces conditions dès lors qu'il y a obligation d'adhérer.

On a posé la question à la CJUE de savoir si les conditions d'adhésion étaient remplies – si tel n'avait pas été le cas, le Conseil aurait suivi sa position. La Cour a dit clairement que certaines conditions ne l'étaient pas. Je prendrais un seul exemple qui est celui de la PESC. Celle-ci est soustraite à tous contrôles juridictionnels conformément à la volonté des États membres de l'Union européenne exprimée dans le traité de Maastricht (1992) et inchangée dans le traité de Lisbonne – à tort aujourd'hui selon moi. La règle est toujours restée identique : pas de contrôles juridictionnels de la PESC. Or, à coté de cela, on rend possible le contrôle juridictionnel par un organe extérieur à l'Union européenne. Dans ce cas précis, deux questions se posent aux États, qui doivent mettre cela au clair en changeant la règle du Traité ou en n'adhérant pas.

Je tenais à ajouter, pour les futurs négociateurs, que je suis très préoccupé par la question de la coordination du travail entre la Cour EDH et la CJUE, en particulier pour permettre à la première de solder les questions en suspens. Cela n'a été évoqué que par les deux présidents des cours, MM. Costa et Skouris qui, dans une déclaration commune en 2011, ont dit leur préoccupation commune d'identifier les questions non tranchées pour les résoudre avant que la Convention EDH ne se prononce.

*Je prendrai pour exemple l'arrêt *Ordre des Barreaux Francophones et germanophones*⁴⁰⁴ renvoyé par la Cour constitutionnelle belge devant la Cour de justice pour sa compatibilité avec les droits fondamentaux⁴⁰⁵. La CJUE ne s'est pas prononcée sur la validité mais, à l'instar de multiples cours constitutionnelles, notamment le Conseil Constitutionnel, elle a livré une réserve d'interprétation, c'est-à-dire une interprétation neutralisante. Par la suite, le Conseil d'État a fait la même chose sur un autre point. Dans l'accord d'adhésion il est dit qu'il faut permettre à la Cour de statuer sur la validité, or la validité ne suffit pas, il faut permettre de pouvoir statuer sur l'interprétation qui, le cas échéant, permet de dire si une norme est valide ou non parce qu'on l'a interprétée de telle manière pour qu'ensuite, avec l'autorité de la chose jugée/interprétée, cette interprétation soit la même pour tous. C'est quelque chose de fondamental dans ce mécanisme.*

À partir du moment où un système similaire s'applique à tous, le Conseil d'État, la Cour de cassation, ou encore la Cour de Karlsruhe, la CJUE peut très bien en faire partie ; encore faut-il que ce système commun soit adapté au système particulier de l'Union européenne.

404. CJCE, Gde Ch., aff. C-305/05, 26 juin 2007, *Ordre des Barreaux Francophones et germanophones et autres c. Conseil des ministres*.

405. Cet arrêt examine la question de l'obligation de déclaration de soupçons, dans le cadre d'une « deuxième directive anti-blanchiment ».





Témoignage – *Le nom de René Cassin, vice-président du Conseil d'État, n'a pas été évoqué. J'ai lu récemment l'un de ses articles publié dans la Revue de droit international sous le titre « L'homme, sujet de droit international ». René Cassin soulignait dans son article datant des années 1950 qu'autrefois, dans la doctrine, seuls les États étaient des sujets de droit international, alors qu'aujourd'hui, disait-il à l'époque, la majorité des auteurs s'accordent à reconnaître que l'être humain est aussi un sujet du droit, comme l'évoquait aussi Georges Scelle avec le « droit des gens ». Est-ce une évolution encore en cours, inachevée, ou s'agissait-il alors d'un moment de clairvoyance après les atrocités commises lors de la Seconde Guerre mondiale ? Pour ma part il me semble que c'est une évolution en cours et qu'ainsi, de plus en plus, les personnes physiques ou morales, sont appelés à devenir des sujets de droit international, à l'instar des États dont la souveraineté reste le sujet principal du droit international.*







Séance de clôture : conclusion à deux voix des travaux de la journée

Edmond Honorat

Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, titulaire d'une maîtrise de droit public, ancien élève de l'ENA (promotion Léonard de Vinci), Edmond Honorat a débuté sa carrière en 1985 à la section du contentieux puis à la section sociale du Conseil d'État. Après avoir été responsable du centre de documentation de 1989 à 1991, il a exercé les fonctions de référendaire à la Cour de justice des communautés européennes jusqu'en 1997. Il a par la suite réintégré le Conseil d'État comme commissaire du gouvernement puis assesseur à la section du contentieux. Il a présidé durant neuf années la 2^e sous-section du contentieux du Conseil d'État avant d'être nommé président adjoint de la section en 2012. Il a par ailleurs été membre du Conseil de la concurrence.

Jean-Paul Jean

*Président de chambre à la Cour de cassation,
directeur du service de documentation, des études et du rapport,
chef du service des relations internationales*

Titulaire d'une maîtrise de droit privé, d'un DES de sciences criminelles, du CAPA, Jean-Paul Jean, au sortir de l'École nationale de la magistrature, a commencé sa carrière comme juge d'instruction à Poitiers en 1980, avant d'exercer les fonctions de juge civil à Paris. Conseiller technique du ministre des affaires sociales et de la santé (1988-1991) puis du garde des Sceaux (1992), il a exercé ensuite les fonctions de vice-président à Évry puis d'inspecteur des services judiciaires. Conseiller technique du garde des Sceaux (1998-1999), il a été nommé substitut général près la cour d'appel de Paris, tout en exerçant conjointement les fonctions de directeur du GIP Mission de recherche droit et justice jusqu'en 2003. Titulaire de l'habilitation à diriger des recherches en 2004, il est professeur associé à l'Université de Poitiers. Avocat général près la cour d'appel de Paris en 2007, il a été nommé avocat général à la Cour de cassation en 2012 puis président de chambre en 2014. Jean-Paul Jean préside depuis 2003 le groupe des experts de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice au Conseil de l'Europe. Directeur de sessions à l'École nationale de la magistrature, membre du comité de rédaction de plusieurs revues, il est l'auteur ou le co-auteur de nombreuses publications. Parmi les derniers ouvrages : *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice* ; *Le Peuple en Justice* ; *Systèmes judiciaires européens : efficacité et qualité, rapport de la CEPEJ sur quarante-sept pays* ; *Histoire de la justice en France (1715-2010)*.





Jean-Paul Jean

*Président de chambre à la Cour de cassation,
directeur du service de documentation, des études et du rapport*

Avertissement liminaire de l'exercice conclusif qui m'a été proposé, en hommage à René Magritte : ceci n'est pas une synthèse. Ce ne devrait pas être non plus un tableau surréaliste, mais plutôt un choix impressionniste, c'est-à-dire de libres propos inspirés des échanges entendus lors de ce colloque, selon une répartition thématique dont nous sommes convenus avec le président Honorat, soit une forme radicalement différente pour nos deux interventions.

Ce sera, pour ce qui me concerne, une introduction sur certains éléments du stimulant débat, puis deux éclairages délibérément choisis et une tentative d'ouverture. Je resterai dans le cadre qui a été proposé par le vice-président Sauvé dans son propos introductif, pour retenir comme fil conducteur, d'ailleurs repris par plusieurs intervenants, un mot : « la guerre », et un sujet de droit : Fabrice del Dongo. Le vice-président Sauvé ayant immédiatement désapprouvé ceux qui se situaient dans une posture insulaire conduisant inéluctablement à Waterloo ; tandis que le professeur Pellet, lui faisant écho, évoquait les « *rodomontades à la sauce Astérix* ».

S'arrimant à la question de la souveraineté nationale, les références à la guerre apparaissent récurrentes. Avant-hier, nous participions avec le président Piwnica à un colloque de la Société de législation comparée, plus particulièrement sur la question du droit des contrats. Le terme de *guerre économique* a été employé à plusieurs reprises et ce thème a été à nouveau évoqué aujourd'hui par le professeur Kessedjian, Nicolas Maziau et le président Piwnica, montrant que les modes de régulation avaient totalement changé dans une économie mondialisée, les États et les entreprises adaptant leurs stratégies. Les entreprises affrontant la concurrence internationale rédigent quasiment toutes leurs contrats en anglais, choisissent le cadre juridique applicable, le mode de résolution négocié des conflits et même leurs juges *via* le « *forum shopping* », ou l'absence de juge *via* notamment l'arbitrage international. Ces choix de stratégie juridique excluent le juge voire le système judiciaire, intègrent des normes s'appuyant sur le droit souple (« *soft law* »), dans un mouvement d'adaptation permanent.

Dans un système étatique souverain, par nature figée dans ses frontières géographiques et juridiques, la question fondamentale qui, me semble-t-il, résulte des débats est ainsi posée : que reste-t-il aux Cours suprêmes nationales dans ces contentieux par rapport aux stratégies d'évitement des entreprises et quelles adaptations apparaissent nécessaires dans les interactions entre juridictions pour faire respecter leurs valeurs partagées dans l'espace juridique européen ? Tout en étant conscient aussi du poids du *lobbying* des entreprises multinationales sur l'élaboration des normes de la régulation mondialisée.

Hier, également, le mot guerre a été analysé lors d'un autre débat auquel j'ai participé sur la liberté d'expression, à propos de la question du blasphème en droit comparé. Comment éviter la *guerre des religions* par le droit ? La conclusion était assez négative, me semble-t-il, puisque l'analyse montre qu'il est impossible d'harmoniser





par le droit au niveau mondial la sanction du blasphème. Le droit de la pénalisation du blasphème se heurte à des frontières irréductibles, se partageant entre zones géopolitiques issues des traditions religieuses et culturelles de chaque État.

Le *droit de la guerre* étant quand même le droit des États – ce sont ces derniers qui déclenchent la guerre, et non pas les juges qui sont d’abord des pacificateurs –, il me semble qu’il y a là une question de fond qui n’a pas été abordée au cours des débats : celle du rôle respectif des dirigeants politiques et des juges. Le juge Breyer, d’une façon faussement naïve, a expliqué qu’il était juge et non général et que, ne connaissant rien à la guerre, il était en quelque sorte le « Fabrice del Dongo » du roman de Stendhal. De ce qui nous est proposé, il résulte un consensus pour éviter les *guerres de position*, et voir quelles sont les stratégies juridiques et institutionnelles de mouvement. C’est ce que nous a proposé dans son intervention liminaire le vice-président Sauvé, en nous invitant tous à une régulation systémique des ordres juridiques, ce que je m’autoriserai à qualifier de « guerre de mouvement ». Et là, il apparaît que les stratégies sont légèrement différentes selon les Cours suprêmes.

Je retiens ainsi des propos du premier président Louvel l’expression selon laquelle « *le juridictionnel s’est approprié le diplomatique* ». Effectivement, c’est bien de diplomatie dont il s’agit pour éviter la guerre, et que ce colloque peut s’apparenter – si je puis dire – à une *conférence diplomatique et judiciaire de haut niveau* entre juridictions et entre États membres. Le dernier propos introductif que je souhaite retenir est celui du procureur général Jean-Claude Marin qui, constatant le risque de la complexité dans « *cet écheveau de règles* », a relevé « *l’instabilité potentielle de combinaisons sophistiquées interprétées par les juges* ». Ce qui reflète bien la réalité de la transformation radicale des termes mêmes des débats juridiques nationaux incluant l’internationalisation du droit.

Attentif aux propos des intervenants à ce colloque, je me suis demandé comment les juges nationaux des Cours suprêmes que nous sommes – gardiens du temple de l’ordre juridique national et bouches de tant de normes en interaction systémique –, pouvaient transmettre aux juridictions du fond un message clair d’ouverture à la complexité du monde. Comment tel message peut-il être audible pour les juges du fond confrontés à l’inflation des contentieux, à la logique de la performance, à la pression des justiciables et à la démocratie d’opinion, qui plus est dans un environnement budgétaire de plus en plus contraint ? Le message transmis devrait être rassurant et marier la double fonction d’une juridiction suprême : prudence et autorité. Nous devons tous être conscients de cette difficulté.

La seconde question que je me posais, en essayant de comparer la France aux autres pays, et en écoutant notamment nos collègues étrangers, était de savoir si nous sommes prêts. De quelles manières, en effet, nos systèmes juridiques et judiciaires nationaux affrontent-ils ces évolutions radicales d’intégration des normes internationales et européennes ? Le juge Bonichot a bien souligné que nous sommes sans doute en retard dans ce dialogue des juges et, qu’en fin de compte, les initiatives qui sont prises actuellement par nos Cours suprêmes n’arrivent que bien après beaucoup d’autres choix stratégiques faits par d’autres.





Je prends quelques instants ma casquette de comparatiste des systèmes judiciaires du Conseil de l'Europe pour évoquer la différence d'approche culturelle entre notre « vieille Europe », notamment l'Europe du Sud, et les autres démocraties du Conseil de l'Europe⁴⁰⁶. Travaillant avec mes collègues étrangers depuis près de quinze ans maintenant, je perçois des différences culturelles encore très importantes. Certains pays, après la disparition de l'URSS, ont intégré l'Union européenne et ont su, à la fois, moderniser leur système judiciaire, rajeunir leurs cadres et totalement intégrer le droit européen à travers de nouveaux outils techniques et de nouveaux modes de pensée juridiques. À leur façon également, les États d'Europe du Nord transforment de façon pragmatique et consensuelle leur système. Les transformations les plus douloureuses des systèmes judiciaires (à l'instar notamment du droit social ou du mode d'administration judiciaire) concernent, pour des raisons historiques, les pays du Sud de l'Europe (Grèce, Italie, Espagne, Portugal). La France n'y échappera pas, avec, la concernant, la question historique du rapport à l'État central et la complexité de sa structure organisationnelle en matière judiciaire. Quant à la Belgique, comme l'a évoqué le président Lenaerts, pour des raisons complexes parmi lesquelles le bilinguisme, elle vit par à-coups des transformations radicales (Conseil supérieur de justice après l'affaire Dutroux, actuellement une réforme organisationnelle et budgétaire sans précédent après le dernier accord gouvernemental pour sortir de la crise institutionnelle).

Après ces remarques institutionnelles, j'ai choisi de m'intéresser plutôt aux occupants des lieux, donc en centrant mon propos sur les juges, garants de l'ordre juridique national, avec deux éclairages : l'un générationnel et l'autre culturel.

Le phénomène générationnel.

L'éclairage générationnel nous permet de comprendre l'accélération des évolutions que trois générations de juristes ont vécues ou sont en train de vivre. Regardez les biographies des intervenants français. A la fin des années 1970 ou au début des années 1980, lorsque nous sommes entrés au Conseil d'État ou à l'École nationale de la magistrature, beaucoup d'entre nous n'avaient reçu aucune formation initiale en droit européen, balbutiaient l'anglais et, à de rares exceptions près, comme certains universitaires ou le vice-président Sauvé qui était auprès de Robert Badinter à cette époque-là, n'avaient pas perçu l'importance, en octobre 1981, de la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁰⁷.

Mais, dans le même temps, cette génération de juristes a su s'adapter à toutes les évolutions jurisprudentielles progressives des Cours suprêmes, passant d'une culture traditionnelle de la souveraineté à une culture intégrée dans un ensemble normatif international européen en perpétuel mouvement. C'est pourquoi ce colloque constitue un moment important de prise de conscience collective jusqu'alors sans doute sous-évaluée, comme le faisait remarquer le juge Bonichot.

Pour illustrer ce changement de paradigme, deux auteurs, François Ost et Michel Van de Kerchove, ont évoqué le passage *de la pyramide au réseau* dans leur

406. *Systèmes judiciaires européens : efficacité et qualité*, rapport de la CEPEJ sur quarante-sept pays, éd. du Conseil de l'Europe, Les études de la CEPEJ, n° 20, 570 p., 2014.

407. La Convention européenne des droits de l'homme, signée le 4 novembre 1950, a été ratifiée par la France le 3 mai 1974 (J.O. du 4 mai 1974, pp. 4750 à 4761).





théorie dialectique du droit⁴⁰⁸, que l'on oppose évidemment à la pyramide de Kelsen. Le constat paraît aujourd'hui consensuel sur un schéma combinant à la fois l'architecture verticale de la souveraineté et la réalité interactive horizontale nécessitant un dialogue permanent entre les Cours suprêmes nationales, comme il a eu lieu tout au long de cette journée.

Cet enchevêtrement de normes et de juridictions, toutes Cours suprêmes sur leurs territoires respectifs, pourrait donner le vertige. Sans aller jusqu'à parler en toute matière de droit-postmoderne bouleversant nos équilibres normatifs, on peut constater combien ces interactions normatives sont dominées par les éléments économiques du système portés par la pensée *Law and Economics* qui inspire aussi les juges de *common law*⁴⁰⁹.

L'analyse systémique à laquelle il conviendrait de procéder serait facilitée par une représentation infographique bien délicate à établir pour savoir où chacun pense se situer dans les hiérarchies qui demeurent. L'implicite dans certaines hiérarchies constatées peut être aussi éclairant que l'explicite de certains éclairages jurisprudentiels. Comment ne pas évoquer l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la CJUE constatant les obstacles juridiques au projet d'adhésion de l'UE à la Convention ESDH ; ou encore le renvoi préjudiciel à la CJUE du caractère prioritaire de la QPC, par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 avril 2010, n° 10-40.002, dans l'affaire Melki et Abdeli⁴¹⁰ suivi de la décision du 22 juin 2010 de la CJUE validant la procédure de question prioritaire de constitutionnalité sous certaines réserves⁴¹¹ ?

C'est donc cette première génération, celle de l'après-guerre, qui a trouvé les moyens de passer progressivement du vieux au neuf, pour paraphraser l'expression de Jean-Pierre Chevènement reprenant l'analyse d'Antonio Gramsci⁴¹², et qui a ainsi évité en France la crise dans l'ordonnement juridique. En permettant de passer d'une vision souverainiste classique à une vision plus ouverte et d'éviter la crise dans l'ordonnement juridique.

408. F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002. Cf. p. 14 : « Avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté (celle-ci ne se déploie pas seulement à d'autres échelles entre pouvoirs publics infra et supra-étatiques, elle se redistribue également entre de puissants pouvoirs privés) ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (on ne l'admet plus que sous conditions, qu'au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont qu'en aval de l'édition des lois) ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi et des subdélégations du pouvoir normatif, en principe interdites, se multiplient) ; les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (mono-disciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (learning process) que d'axiomes a priori ; la justice, enfin, que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables ».

409. *Un droit pénal postmoderne ?*, M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), PUF, 2008.

410. Au commentaire notamment du regretté Guy Carcassonne, in G. Carcassonne et N. Molfessis, *Le Monde*, 23 avril 2010 ; voir aussi parmi les critiques : B. Mathieu, *JCP G*, 2010, act. 464.

411. CJUE, Grande Chambre, 22 juin 2010, aff. C-188/10, C-189/10.

412. Jean-Pierre Chevènement, *Le vieux, la crise, le neuf*, Flammarion, 1993 ; Antonio Gramsci : « La crise consiste justement dans le fait que l'ancien meurt et que le nouveau ne peut pas naître : pendant cet interrègne on observe les phénomènes morbides les plus variés » (dans la traduction française des *Cahiers de prison* parue aux Éditions Gallimard sous la responsabilité de Robert Paris : Cahier 3, §34, p. 283).





La deuxième génération, dont nombre de membres participent à ce colloque, a été mieux formée initialement à ces évolutions. Les savoirs accumulés par nos collègues passés par une expérience de juge international ou européen irriguent la pensée de nos Cours respectives. Notre collègue Honorat en est ici la vivante illustration. Les groupes de travail qui sont mis en place à la Cour de cassation, notamment ceux plus axés sur la Cour EDH et la CJUE permettent de mesurer combien cette deuxième génération a totalement intégré ces interactions normatives.

Le message qui pourrait s'adresser à la troisième génération, celle qui entre à l'École nationale d'administration ou à l'École nationale de la magistrature, dans une vision prospective qui ne soit pas institutionnelle mais humaine, serait : « n'ayons pas peur ». Aujourd'hui tous les auditeurs de justice parlent anglais, beaucoup ont étudié dans une université étrangère notamment *via* Erasmus, et ont été formés au droit européen. Ils savent travailler en réseau, gérer simultanément plusieurs sources d'information et la transmission des valeurs et principes juridiques par leurs aînés viendra sécuriser cette génération qui composera les Cours suprêmes dans les décennies à venir.

Les cultures professionnelles respectives du juge administratif et du juge judiciaire.

Ce colloque, comme la lecture des *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, atteste de ce que le droit international et le droit européen occupent désormais une place privilégiée dans la jurisprudence des juges judiciaires et des juges administratifs⁴¹³.

L'invocation du droit européen a eu un « effet d'engrenage » ou de « contagion » sur l'invocation du droit international pour retenir l'expression de Ronny Abraham⁴¹⁴. L'articulation progressive de la décision *IVG* du Conseil constitutionnel⁴¹⁵ en 1975 par lequel celui-ci a refusé de contrôler la conventionnalité des lois, de l'arrêt *Jacques Vabre* de la Cour de cassation⁴¹⁶ la même année, puis de l'arrêt *Nicolo* du Conseil d'État⁴¹⁷ en 1989, aboutit au constat d'une acculturation progressive des juges judiciaires et des juges administratifs au droit international et au droit européen.

Deux impressions ressortent de l'inventaire des *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*.

Le premier constat est que le juge judiciaire assume pleinement son rôle dans l'application du droit international et du droit européen. Sur cinquante huit décisions choisies, dix-neuf émanent de la Cour, ce qui montre son ouverture. Dès 1811, elle intègre les normes de droit international dans l'ordre juridique interne⁴¹⁸. En 1975, elle leur donne une valeur supérieure aux lois⁴¹⁹, bien avant

413. A. Pellet, A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 1^{re} éd., 2015.

414. R. Abraham, « Préface », in A. Pellet, A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, préc., pp. VII et s., sp. p. IX.

415. Cons. const., 15 janvier 1975, déc. n° 74-54 DC, *Loi relative à l'I.V.G.*

416. Cass., Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*.

417. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*.

418. Cass., Civ., 15 juillet 1811, *Dame Champeaux-Grammont*.

419. Cass., Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*.





le Conseil d'État qui, en tant que juge de la légalité des actes administratifs, a été naturellement plus réticent dans un premier temps à assurer ce contrôle de la conventionnalité des lois⁴²⁰.

Second constat : bien que les grandes décisions « *donnent une impression d'harmonie et que les différences qui subsistent [...] apparaissent mineures* »⁴²¹, l'application du droit international et du droit européen me semble toujours liée à l'environnement culturel du juge.

La culture du juge judiciaire est différente de celle du juge administratif : le juge judiciaire n'est en rien conseiller du gouvernement sur les projets de textes, dont les textes européens ou internationaux à ratifier ou intégrer ; peu de juges judiciaires ont l'expérience des politiques publiques ministérielles. La culture de l'État n'est pas la même, alors que pourtant leur conception de la protection des libertés individuelles se rapproche.

L'ordre judiciaire n'est pas aussi « intégré » que l'ordre administratif où le processus décisionnel paraît plus collectif et la jurisprudence plus clairement hiérarchisée. La nature des contentieux soumis au juge judiciaire peut aussi expliquer des attitudes divergentes au sein même de l'ordre judiciaire ou l'utilisation, parfois estimée restrictive par certains membres de la doctrine, du droit international et européen⁴²². Le contentieux pénal intervenant dans le domaine de souveraineté des États pourrait en effet apparaître plus propice à limiter la mise en œuvre du droit international et du droit européen à travers le pouvoir d'interprétation du juge.

Mais c'est justement parce que ce passage du vieux au neuf me semble jusqu'à avoir été plutôt réussi, que je souhaiterais m'interroger rapidement, par-delà l'articulation des normes internationales et européennes et le rôle institutionnel des Cours en interaction permanente, sur les juges qui composent ces juridictions.

Les juges internationaux et européens

Qui sont ces juges internationaux et européens ? Quelles sont leur légitimité et leur compétence à l'heure où ces juridictions se multiplient et sont susceptibles d'intervenir dans des domaines très variés et très techniques qui ne relèvent plus des seules relations interétatiques ? La montée en puissance du droit international et du droit européen a conduit à une multiplication des juridictions. La greffe qui doit prendre s'effectue entre des juridictions nationales séculaires qui ont leurs cultures et leurs traditions propres et des juridictions internationales et européennes jeunes, en pleine croissance dont la culture se construit aussi dans l'interaction des juges des différentes nationalités qui les composent.

420. R. Abraham, « Préface », in A. Pellet, A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, préc., pp. VII et s., sp. p. VIII : « *il est vrai que le pas du contrôle de conventionnalité des lois était plus difficile à franchir pour le juge administratif, juge de la légalité des actes du gouvernement et de l'administration, lesquels sont constitutionnellement chargés de l'exécution des lois* ».

421. R. Abraham, « Préface », in A. Pellet, A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, préc., pp. VII et s., sp. p. IX.

422. V. par ex. : M. Eudes, commentaire sous Cass., Crim., 6 octobre 2003, pourvoi n° 83-93.194, in A. Pellet, A. Miron (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, préc., pp. 145 et s.





On oublie trop souvent ce contraste, la réalité de cette dynamique inverse, entre les jeunes juridictions européennes et internationales en pleine expansion et les juridictions nationales qui se sentent menacées par une vision que certains qualifient d'« impérialiste ».

L'autorité et la crédibilité des juridictions internationales et européennes dépendent de la qualité de leurs décisions, et donc aussi de la légitimité et de la qualité des juges qui les composent. Certes, les textes conventionnels imposent un standard minimum de qualifications des membres des juridictions internationales et européennes. Comme l'a mis en évidence la Déclaration de Brighton pour la Cour européenne, l'autorité et la crédibilité des juridictions internationales dépendent en grande partie de la qualité de ses juges⁴²³. Le vice-président Sauvé l'avait déjà souligné avec justesse.

« L'autorité des juges européens, et, notamment, de ceux de la Cour européenne des droits de l'homme doit demeurer incontestable : elle se doit d'être à la mesure du rôle et des responsabilités qui leur sont confiées. Ces juges dont les décisions vont s'imposer non seulement aux États, mais aussi à l'Union européenne, sur des enjeux majeurs de protection des droits fondamentaux doivent en effet, par les procédures gouvernant leur sélection, être mis à l'abri et protégés des critiques que l'exercice même de leurs responsabilités pourrait susciter. Tout fait donc système : l'autorité des arrêts des juridictions européennes et, en particulier, de la Cour européenne des droits de l'homme, l'application effective du principe de subsidiarité et la qualité des procédures de recrutement des juges »⁴²⁴.

Cette compétence des juges internationaux et européens dépend fortement des processus de sélection et de nomination. Il a été souvent reproché à ces processus d'être dominés par des intérêts politiques et de ne pas suffisamment prendre en compte les compétences professionnelles des candidats. L'attention récente et renouvelée des chercheurs à cette question⁴²⁵ s'explique certes par la multiplication des juridictions internationales et européennes mais aussi par l'évolution de leur office qui ne se résume plus à l'examen de conflits interétatiques.

Ce standard minimum est défini en des termes similaires au niveau international et européen. Les membres des juridictions internationales et européennes doivent jouir « de la plus haute considération morale » et « réunir les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou posséder une compétence notoire en matière de droit international ».

423. Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 18-20 avril 2012 ; Déclaration de Brighton, point 21.

424. J.-M. Sauvé, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », discours 19 avril 2010, disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-principe-de-subsidiarite-et-la-protection-europeenne-des-droits-de-l-homme>.

425. E. Jouannet, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Éditions A. Pedone, Paris, 2010 ; L. Burgogme-Larsen, « Des idéaux à la réalité. Réflexions comparées sur les processus de sélection et de nomination des membres des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme », *La Revue des droits de l'homme*, accessible <http://revdh.revues.org/949>, 6.2014.





Ainsi, pour l'Union européenne, c'est l'article 255 du TFUE qui a créé un comité d'experts indépendants dont l'avis est transmis aux États⁴²⁶. Pour la Cour EDH, c'est une résolution du Conseil des ministres qui a créé en 2010 un comité d'experts indépendant dont l'avis est transmis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁴²⁷.

Mais les processus de sélection et de nomination des membres des juridictions internationales ne sont guère envisagés par les textes conventionnels. Ceux-ci demeurent souvent peu diserts sur ces processus toujours marqués par une grande liberté de choix, malgré un renforcement progressif des contraintes.

Le professeur Burgorgue-Larsen estime que : « *le groupe national pour la sélection des juges internationaux, qui s'appuie sur une longue tradition, dont les membres sont désignés par l'exécutif, plus précisément par le ministère des affaires étrangères, révèle, non pas l'absence de qualification (la compétence des membres est absolument indiscutable) mais un corporatisme évident et continu, qui démontre le « verrouillage » du système en faveur de ceux qui ont fait carrière au Quai d'Orsay (comme diplomates et agents du gouvernement) et /ou au Conseil d'État* »⁴²⁸.

Elle relève, tradition française contraire à celle d'autres pays, que « *la place des universitaires est quasi-nulle, réduite à la portion congrue. Dans toute l'histoire de la sélection française, aucun universitaire n'a accédé aux fonctions de juge international à la CIJ, à la CEDH, à la CJUE, à la CPI ou au TPIY...* ». La seule exception notable a existé au poste de Juge au tribunal international de droit de la mer en faveur de J.-P. Cot, dont on peut penser que la qualité d'ancien ministre a pu être prépondérante par rapport à la qualité d'universitaire.... On peut s'étonner que le professeur Burgorgue-Larsen n'ait pas soulevé la question de la parité homme-femme, ou la place du juge judiciaire, sans évoquer la question de l'absence de contrôle juridictionnel de la désignation des candidats au niveau national⁴²⁹. Sachant que les contrôles non juridictionnels, doublés de la vigilance médiatique peuvent être susceptibles d'exercer une influence déterminante ainsi qu'on a pu heureusement le constater lors de la succession de J.-P. Costa à la Cour EDH par André Potocki

L'augmentation des marges de manœuvre du juge national

Les juges nationaux sont aussi les juges du droit international et européen. L'office qui leur est confié, renforcé par le principe de subsidiarité, implique un fort investissement de leur part dans ce domaine pour asseoir leur légitimité et leurs compétences. Le juge judiciaire et le juge administratif, marqués tous deux par

426. J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, président du comité prévu par l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « La sélection des juges de l'Union européenne : la pratique du comité de l'article 255 », intervention au Collège d'Europe de Bruges, sur le thème *La sélection des juges de l'Union européenne : la pratique du comité de l'article 255*, 4 novembre 2013.

427. Résolution CM/Res(2010)26 sur la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme (adoptée par le Comité des ministres le 10 novembre 2010).

428. L. Burgorgue-Larsen, « Des idéaux à la réalité. Réflexions comparées sur les processus de sélection et de nomination des membres des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme » précit., §§ 19 et 20.

429. CE, Sect., 28 mars 1014, de Baynast.





des traditions fortes, sont au cœur d'un processus d'acculturation qui implique d'accepter un regard nouveau et ouvert sur la manière d'appliquer le droit.

Les juges nationaux sont, à vrai dire, et cela me semble résulter de l'implicite de certains échanges, à la recherche constante d'un juste équilibre entre le souci d'effectivité du droit international et du droit européen qui nécessite une entière coopération de leur part et le risque d'être dépossédés de leur pouvoir souverain d'appréciation sur les questions essentielles.

La coopération entre Cours suprêmes nationales et supranationales ne peut donc qu'être fondée sur la confiance dans la capacité du droit international et du droit européen à laisser à chacun des espaces suffisants. Les juges nationaux gardent en tout état de cause une importante marge de manœuvre, que ce soit pour protéger des intérêts souverains, ou que ce soit pour protéger des droits fondamentaux. Cette marge de manœuvre n'est pas nécessairement contraire aux principes du droit international public. Celle-ci résulte très souvent d'un conflit de normes internationales et européennes que le juge national doit résoudre, soit en les conciliant quand cela est possible, soit en faisant prévaloir une norme sur une autre.

Paradoxalement, il me semble que cette marge de manœuvre du juge judiciaire peut augmenter grâce aux nouvelles approches permises par le principe de subsidiarité, la marge d'interprétation et les conflits de normes, à condition d'intégrer le principe de proportionnalité et une motivation adaptée, ce qui implique une évolution significative. On peut illustrer cette extension par quelques contentieux récents. Dans l'affaire dite du « *mariage franco-marocain entre personnes de même sexe* », première chambre civile, 28 janvier 2015⁴³⁰, la Cour de cassation a restreint l'application du droit international en estimant que la loi de l'un des deux États signataires de la Convention pouvait être écartée si elle était manifestement incompatible avec l'ordre public, et que tel était le cas de la loi marocaine s'opposant au mariage de personnes de même sexe. Dans l'arrêt souvent cité par le Premier président Louvel du 4 décembre 2013⁴³¹, la même première chambre civile s'appuyant sur l'article 8 de la Conv. ESDH a appliqué le principe de proportionnalité pour écarter la nullité du mariage imposée en l'espèce par le code civil. Le juge peut aussi procéder à une application combinée de différentes normes internationales en présence. Il en est ainsi dans les affaires d'enlèvement international d'enfants où la première chambre civile apprécie les principes d'équilibre et de proportionnalité de la Convention dans la ligne de la jurisprudence de l'affaire *X c. Lettonie* de la Cour européenne des droits de l'homme⁴³², pour une application combinée de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention européenne des droits de l'homme et la convention de New York sur les droits de l'enfant. On doit enfin souligner le particularisme du champ pénal, concernant notamment le mandat d'arrêt européen. Le juge judiciaire, en prenant

430. Cass., 1^{ère} civ., 28 janvier 2015, n° 13-50.059 (arrêt n° 96).

431. Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Cf. l'intervention du Premier président Louvel.

432. CEDH, Grande Chambre, 26 novembre 2013, *X c. Lettonie*, aff. n° 27853/09 ; Cass., 1^{ère} civ., 19 novembre 2014, n° 13-18.902. Guyon-Renard I., *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, première chambre civile, D.*, 2015, p. 511.





appui sur la Convention européenne des droits de l'homme et les dispositions nationales, se reconnaît une marge d'appréciation pour examiner si la remise porte ou non une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 et limite en conséquence l'application de la décision-cadre au nom de la protection des droits fondamentaux, s'agissant notamment des droits de la défense, du respect de la vie privée ou de l'interdiction de la torture⁴³³.

En conclusion, si l'on peut retenir une tendance majeure, c'est que l'internationalisation et l'europeanisation du droit rapprochent le Conseil d'État et la Cour de cassation, chaque Cour suprême intégrant ces changements dans sa culture professionnelle, son *habitus*, pour reprendre Pierre Bourdieu. Aujourd'hui, les deux Cours travaillent ensemble et échangent sur leurs convergences et divergences jurisprudentielles, ce qui est devenu une nécessité absolue.

Mais, en parallèle, une réflexion commune doit s'engager sur la conception même d'une Cour suprême en France aujourd'hui. Parce que l'intégration du droit européen et du droit international nécessite un investissement intellectuel considérable, mais également un temps de juge particulièrement qualifié. Dans la gestion générale des missions et des moyens des Cours suprêmes, cela suppose de faire des choix, ainsi sur le mode de gestion des 30.000 pourvois annuels dont est saisie la Cour de cassation. Là aussi, il convient de combiner des exigences parfois contradictoires. La réflexion sur les missions d'une Cour suprême engagée par le Premier président Louvel doit s'articuler avec celle sur les délais et les modes différenciés de traitement des affaires face aux exigences d'un accès libre à la justice que nos concitoyens considèrent comme un principe-clé de la démocratie. Il me semble que sur ce point une différence existe entre nos deux Cours. Depuis 2007, le Conseil d'État a engagé et sans doute réussi un processus de réforme interne⁴³⁴ facilité par son modèle d'organisation autonome⁴³⁵. La Cour de cassation a, depuis les années 2000, relevé le défi quantitatif et traite désormais les pourvois dans des délais exemplaires grâce notamment à la réussite d'un programme de modernisation de ses outils informatiques.

Bien plus qu'on ne le pense souvent, la Cour de cassation a réussi l'intégration des normes internationales et européennes, s'ouvre de plus en plus au droit comparé (la création du bureau de droit comparé au SDER constitue une étape importante) et applique expressément le principe de proportionnalité, de façon de plus en plus explicite en essayant progressivement d'harmoniser l'application de ce concept, comme le Conseil d'État l'a fait, par exemple, dans l'arrêt *Bonnemaison*⁴³⁶.

Au-delà du dialogue ouvert avec les Cours suprêmes internationales et européennes, c'est, pour la Cour de cassation, cette approche générale qui est en jeu dans le grand chantier de réflexion qu'a ouvert le Premier président Louvel, qui concerne aussi le filtrage des pourvois, l'intensité de contrôle sur les arrêts des cours d'appel, l'intégration explicite du principe de proportionnalité, la motivation des décisions,

433. Cass., Crim., 20 mai 2014, n° 14-83.138, *Bull. Crim.* 2014, n° 135.

434. B. Stirn, *Le mouvement de réforme de la justice administrative*, AJDA, 2012, p. 1193.

435. *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, (L. Cadiet, J.-P. Jean, H. Pauliat dir.), IRJS Éditions, décembre 2014.

436. CE, 30 décembre 2014, *Bonnemaison*, req. n° 381245.





le rôle du parquet général, la mise en œuvre d'études d'impact des décisions... C'est aussi parce que le droit européen et international déplace les lignes que le dialogue entre la Cour de cassation et le Conseil d'État doit s'approfondir afin de ressourcer ensemble leur légitimité de Cours suprêmes nationales.

Edmond Honorat

Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État

En complément des propos de M. le président Jean, je souhaiterais résumer les impressions que l'on peut retirer à l'issue de cette journée en évoquant deux points importants.

Le premier point, sur lequel tout le monde s'accorde, est qu'il est impossible aujourd'hui de faire abstraction du droit international. Le deuxième point, que je développerai plus largement, est que le droit international est incontestablement, pour les juges, leur plénitude de juridiction, leur souveraineté et, plus largement, pour la souveraineté des États, un facteur de renouveau.

1. Le droit international est un facteur d'ouverture de l'ordre juridique national.

Le droit international est, conformément à son objet, un facteur de coopération, d'harmonisation et de construction d'un ordre juridique nouveau, plus vaste, mieux intégré, avec des équilibres différents à défaut d'être toujours nouveaux (comme le montre, par exemple, le principe de subsidiarité entre le droit de l'Union et le droit de la Cour EDH).

1.1. En premier lieu, il est un facteur d'ouverture et d'enrichissement pour les juridictions nationales. Ceci s'est traduit notamment par un développement de la recherche et la documentation sur ce droit concomitant au développement des technologies nouvelles, qui ont favorisé son expansion et sa prise en compte par les juges.

Les nouvelles technologies ont permis une meilleure connaissance des normes internationales, de leur contenu, de leur formation, de leurs commentaires et de leur application. Elles ont permis également une meilleure connaissance du droit des autres États et un développement du droit comparé. Il est ainsi possible de mieux de se situer⁴³⁷ et d'évoluer (cf. l'inspiration tirée du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la commission du droit international de l'ONU pour la réparation des personnes victimes de persécution antisémites dans l'avis d'assemblée du 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glémane*⁴³⁸, p. 43).

1.2. En second lieu, il apparaît comme un facteur de dialogue et d'échanges.

La prise en compte du droit international, et au premier chef du droit européen, a favorisé le développement d'échanges bilatéraux et multilatéraux, avec les cours européennes mais aussi avec les juridictions étrangères, européennes ou extra-européennes, par le biais notamment de la création de lieux d'échanges ou de contacts (réunions, sites Internet ou colloques comme c'est le cas aujourd'hui).

437. V. le rapport sur *La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, club des juristes, oct. 2014.
438. CE, 16 février 2009, *Mme Madeleine Hoffman-Glémane*, avis n° 315499.





1.3. En troisième lieu, le droit international est un facteur de convergence.

Les exemples sont trop abondants pour qu'il soit besoin de s'y étendre. Aussi, pour se limiter à une observation intéressant égoïstement le droit administratif et le droit public, on observera que les travaux précurseurs de Jürgen Schwarze sur le droit administratif européen⁴³⁹ ont permis de déboucher naturellement, quelques années plus tard, sur les ouvrages consacrés au droit public européen de MM. Bernard Stirn et Yann Aguila⁴⁴⁰.

1.4. Enfin, le droit international est un facteur de rapprochement des juridictions nationales et, au premier chef, des Cours suprêmes, dont ce colloque est le meilleur exemple.

Soumises aux mêmes règles, aux mêmes contraintes, aux mêmes questions, les juridictions nationales sont naturellement conduites à se rencontrer, à réfléchir ensemble et à rapprocher leurs solutions, comme l'indique notamment la structuration des échanges entre le Conseil d'État et la Cour de cassation sur des problématiques communes.

2. Le droit international est un facteur de créativité et de pouvoir.

Le droit international, s'il est un facteur de limitation voire d'autolimitation de la souveraineté des États (exemple de l'évolution des immunités de juridiction et d'exécution) et sans aucun doute d'autolimitation de la plénitude du pouvoir des juridictions nationales (même s'il n'est pas le seul) confère, paradoxalement, en renouvelant et en déplaçant les problématiques, de nouveaux champs d'exercice à leurs compétences. La naissance d'un ouvrage comme *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, sous la direction d'Alain Pellet et d'Alina Miron, illustre parfaitement ce phénomène⁴⁴¹.

2.1. L'articulation des normes internationales peut conduire à une nouvelle recherche d'équilibre entre les différentes normes juridiques, mais également à une mise en concurrence. Dans ce contexte, le juge aura l'obligation de tendre vers ce que l'on pourrait appeler un *équilibre dans la créativité*.

C'est notamment le cas dans les affaires suivantes, concernant par exemple : la conciliation des traités internationaux (CE Ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*) ; le contrôle des directives communautaires au regard de la Convention EDH via la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CE, 10 avril 1998, *Conseil national des barreaux*) ; et l'extradition avec l'application combinée de la convention européenne d'extradition et de la Convention EDH, ou avec l'application combinée de la Convention EDH et de la convention internationale de lutte contre la torture et autres traitements inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (CE, 15 février 1999, *Cimpoesu*).

439. J. Schwarze, *Droit administratif européen*, 2^e édition complétée, éd. Émile Bruylant, Paris, 2009.

440. B. Stirn, Y. Aguila, *Le droit public français et européen*, co-éd. Presses de Sciences Po - Dalloz, coll. Amphi, Paris, 2014.

441. A. Pellet, A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, éd. Dalloz, coll. Grands Arrêts, Paris, 2015.





2.2. L'articulation des normes constitutionnelles et internationales dans le système français peut, selon les conclusions de l'avocat général M. Poiras-Maduro, être réalisée afin de permettre de concilier l'inconciliable (CJCE, 21 mai 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine c. France*, aff. C-127/07, Rec. p. I-9895).

Les affaires suivantes permettent de mieux appréhender ce type d'approche : contrôle de la conformité à la Constitution des décrets transposant les directives communautaires (CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. p. 55) ; priorité de la Constitution et primauté du droit de l'Union européenne (CJUE, Grande Chambre, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*) ; droit de l'Union européenne incorporé dans la Constitution (CC, décision n° 2013-314 QPC, 4 avril 2013, *Jérémy F.* : sur l'article 88-2 de la Constitution et la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen).

2.3. Le développement du contrôle juridictionnel influe sur les fonctions de souveraineté.

Le développement du contrôle juridictionnel sur les fonctions de souveraineté est un aspect auquel n'échappe pas la conduite des relations internationales. Il concerne le contrôle de l'introduction des traités en droit interne, mais questionne aussi la notion même d'actes de gouvernement, par essence insusceptibles de recours.

On peut ainsi noter un mouvement de réduction des actes de gouvernement (depuis l'arrêt CE Ass. du 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, jusqu'à l'arrêt CE 9^e et 10^e ss-sect. réunies du 3 novembre 2004, *Association Secours mondial de France*), et une contestation de cette notion au regard du droit à un recours *effectif* (droit reconnu notamment par la Convention EDH).

2.4. L'articulation des systèmes nationaux entre eux questionne les notions de souverainetés nationales.

L'articulation des systèmes nationaux entre eux a un impact direct sur la notion de souveraineté nationale, et notamment sur les enjeux de l'application extraterritoriale de la loi nationale. Dans un autre registre, l'influence est nette sur des procédures internationales comme la procédure d'extradition ou le mandat d'arrêt européen. Le juge de l'extradition peut être conduit à apprécier la conformité des systèmes juridiques d'autres États au regard, non seulement, de l'ordre public national, mais, aussi, des conventions internationales comme la Convention EDH, avec un développement du recours aux garanties de la part des États requérants.

En conclusion, on peut noter que le droit international a toujours été et reste un facteur de coopération, d'harmonisation et de construction d'un ordre juridique nouveau, plus vaste et mieux intégré, avec des équilibres différents comme par exemple la question de la subsidiarité. Il n'est pas certain que cette construction puisse être qualifiée de fractale, adjectif qui renvoie plutôt à la complexité et au hasard, mais elle peut se conceptualiser, elle est structurante et, à l'instar des flocons de neige évoqués lors des débats, elle crée des formes nouvelles intéressantes pour tous les juristes.





C'est pourquoi on peut faire preuve d'optimisme, car il semble que les juridictions nationales et internationales cheminent aujourd'hui de manière plutôt ordonnée, même si ce n'est pas toujours sans secousse, vers un nouvel ordre juridique international et un ou plusieurs ordres juridiques qui peuvent être qualifiés de *postmodernes*.







Bibliographie indicative

Éléments bibliographiques généraux

Ouvrages généraux

- Alland (D.), *Manuel de droit international public*, Collection droit fondamental, PUF, 2014.
- Auby (J.-B.), Dutheil de la Rochère (J.) (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007.
- Auby (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010.
- Audit (B.), d'Avout Louis, *Droit international privé*, 7^e éd., Économica, 2013.
- de Brichambaut (M.-P.), Dobelle (J.-F.), d'Haussy (M.-R.), *Leçon de droit international public*, 2^e éd., Presses de Sciences Po, Dalloz, 2011.
- Breyer (St.), *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, éd. Odile Jacob, Paris, 2015.
- Bureau (B.), Muir Watt (H.), *Droit international privé. Tome 1, Partie générale*, 2^e éd. PUF, 2010.
- Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, Domat droit public, LGDJ, 11^e éd., 2014.
- Daillier (P.), Forteau (M.), Pellet (A.), *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009.
- Decaux (E.), De Frouville (O.), *Droit international public*, 8^e éd., Hypercours, Dalloz, 2012.
- Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.
- Dubouis (L.), Gueydan (C.), *Les grands textes du droit de l'Union européenne*, Dalloz, 8^e éd., 2010.
- Dupuy (P.-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, Précis, 12^e éd., Dalloz, 2014.
- Fromont (M.), *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006.
- Ghévantian (R.), *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 5^e éd., 2013.
- Guilhaudis (J.-F.), *Relations internationales contemporaines*, 3^e éd., Jurisclasseur, Litec, 2010.
- Lagrange (E.), Sorel (J.-M.), *Traité de droit des organisations internationales*, LGDJ, 2014.
- Loussouarn (Y.), Bourel (P.), de Vareilles-Sommières (P.), *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, coll. Précis 2013.
- Mayer (P.), Heuzé (V.), *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ-Lextenso éd., coll. Domat Droit privé, 2014.
- Niboyet (M.-L.), de Geouffre de La Pradelle (G.), *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. manuel, 2013.
- Pellet (A.) et Miron (A.) (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, Paris, 2015.
- Reinisch (A.), Wurm (J.), *International Financial Institutions before national courts*, Kluwer Law International, 2010.
- Ruzié (D.), Teboul (G.), *Droit international public*, Mémentos, 22^e éd., Dalloz, 2013.
- Schwarze (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2009.
- Sudre (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, 2015.
- Stirn (B.), *Vers un droit public européen*, Montchrestien, 2012.
- Stirn (B.) et Aguila (Y.), *Droit public français et européen*, Dalloz, 2014.
- Tizzano (A.), Kokott (J.) et Prechal (S.) (sous la dir.), *50^e anniversaire de l'arrêt van Gend en Loos*, Luxembourg, 2013.





- Vignal (T.), *Droit international privé*, 3^e éd. Dalloz, 2014.
- Zoller (E.), *Introduction to Public Law : a comparative study*, Martinus Nijhoff, 2008.

Encyclopédies, périodiques

- Leben (C.), « Arbitrage (CIRDI) », *Répertoire de droit international*, Dalloz, Mars 2010, v. pts. 5 à 18.

Articles de doctrine

- Klein (P.), « Les articles sur la responsabilité des organisations internationales, quel bilan tirer des travaux de la CDI », *Annuaire du droit international*, CNRS, 2012.

1. Éléments bibliographiques sur la souveraineté et la globalisation du droit (table ronde 1)

1.1. Ouvrages généraux, manuels

- Allard (J.), Garapon (A.), *Les juges dans la mondialisation*, Seuil, 2005.
- Auby (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, 2^e éd. 2010.
- Dupuy (P.-M.), *L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public*, Martinus Nijhoff, 2003.
- Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism : The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford UP, 2010.
- Loquin (E.) et Kessedjian (C.) (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000.
- Nijman (J. E.), et Nollkaemper (A.), (sous la dir.), *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, OUP, 2007.
- Pellet (A.), *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, 2014.
- Schiff Berman (P.), *Global Legal Pluralism*, Cambridge UP, 2012.

1.2. Rapports

- ONU, Commission du droit international, Rapport du Groupe d'étude établi par Marti Koskeniemi, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, document A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

1.3. Articles de doctrine

- Paulus (A.), « Zusammenspiel der Rechtsquellen aus völkerrechtlicher Perspektive » (L'interaction des sources de la perspective du droit international), *Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen?, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht* 46 (2014) 7.
- Paulus (A.), « Human Rights Protection in a European Network of Courts », *Proceedings of the 107th meeting of the American Society of International Law*, 2013, p. 174 et suiv.
- Pellet (A.), « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI-Lalive Lecture », 5 juin 2013 », *Journal du Droit international (Clunet)*, 2014, pp. 5-32.
- Pellet (A.), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », Académie de droit européen, Florence, *Recueil des cours* (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997, vol. V, t. 2, pp. 193-271.
- Pellet (A.), « Notes sur la « fragmentation » du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unity and Diversity in International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 757-784.





- Simma (B.), Pulkowski (D.), « Of Planets and the Universe, Self-contained régimes in international law », *European Journal of International Law*, 2006, p. 483.
- Slaughter (A.-M.), « A Global Community of Courts », *44 Harvard International Law Journal*, 2003, 191.
- Teubner (G.), « Global Bukowina: Legal Pluralism in World Society », in: Teuner (éd.), *Global Law Without a State*, Aldershot et al.: Dartmouth 1997, 3.
- Teubner (G.), Fischer-Lescano (A.), « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 999-1046.
- Voskuhle (A.), « Der europäische Verfassungsgerichtsverbund (A European Community of Courts) », *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 175.
- Walker N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, 2002, p. 317.
- Dossier spécial « Souveraineté des États et supranationalité normative. Les droits européens », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 113-298.

1. 4. Commentaires d'arrêts

Cour de justice des communautés européennes (CJCE), arrêt du 5 février 1963. - NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise. - Demande de décision préjudicielle: Tariefcommissie - Pays-Bas. - Aff. 26-62*

- Amphoux (J.), « A propos de l'arrêt 26/62 (*Société N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend et Loos contre Administration fiscale néerlandaise*) rendu le 5 février par la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue générale de droit international public*, 1964, pp. 110-157.
- Skouris (V.), *50^e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque*, Luxembourg, éd. Office des publications de l'Union européenne, 2013, pp. 7-10.
- Wathelet (M.), « Arrêt Van Gend en Loos : 50 ans déjà ! », *Journal de droit européen*, 2013, p. 213.

CJCE, arrêt du 15 juillet 1964. - *Flaminio Costa contre E.N.E.L.. - Demande de décision préjudicielle: Giudice conciliatore di Milano - Italie. - Aff. 6/64*

- de Witte (B.), « Retour à «Costa». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, pp. 425-454.

CJCE, 14 décembre 1991, Avis 1/91

- Boulouis (J.), « Les avis de la Cour de justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, pp. 457-463.
- Huglo (J.-G.), « L'incompatibilité de l'accord sur l'Espace Économique Européen au regard du Traité de Rome », *Gazette du Palais*, 1992, III Doct., pp. 205-208.
- Simon (D.), Rigaux (A.), « L'avis de la Cour de justice sur le projet d'accord CEE/AELE portant création de l'Espace économique européen (EEE) », *Europe Chron.*, 1992, pp. 1-4.

CJCE, GCh., 30 mai 2006, *Commission des Communautés européennes contre Irlande, Aff. C-459/03*

- Kerbrat (Y.), Maddalon (P.), « Affaire de l'usine MOX : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, pp. 165-182.
- Mariatte (F.), « Accords mixtes et arbitrage: première sanction du «devoir de loyauté au système judiciaire» communautaire », *Europe Comm.*, n° 207, pp. 13-16.





CJCE, GCh. , du 6 mars 2007, *Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde et Marina Stöffler contre Finanzamt Bonn-Innenstadt*, aff. C-292/04

- Mariatte (F.), « Imposition des dividendes et avoir fiscal », *Europe Comm.*, n° 134, 2007, pp. 12-13.

CJUE, avis 1/09 (assemblée plénière), 8 mars 2011

- Marino (L.), « Les tribulations du projet de la Cour européenne des brevets devant la CJUE », *Gazette du Palais Jur.*, n° 173-174, 2011, p. 15-16.
- Simon (D.), « Avis négatif sur le projet de création d'une juridiction des brevets », *Europe*, étude n° 5, 2011, pp. 4-7.

CJUE, Ordonnance, 12 juillet 2012, *Gennaro Currà e.a. c. Bundesrepublik Deutschland*, en présence de: *Repubblica italiana*, aff. C-466/11, par. 12-27

- Simon (D.), « Incompétence », *Europe Comm.*, n° 10, 2012, p. 21.

CJUE, assemblée plénière, 18 décembre 2014, *Avis 2/13*

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

Cour constitutionnelle italienne, 22 octobre 2014, *Sentenza n. 238 (par. 3.1-3.5, 4 et 5)*

- Bonafe (B.), « Osservatorio sulla corte internazionale di giustizia n° 5/2014 », *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 1049-1054.

Cour de cassation, Première chambre civile, n° 1022, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding*

- Bollée (S.), « Admission de l'*exequatur* en France d'une sentence arbitrale étrangère annulée. Cour de cassation (1^{ère} Ch. civ.) 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding* », *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 1429, chron. L. Degos, *RTD. com.* 2007, p. 682, obs. E. Loquin, *Revue critique de droit international privé*, p. 109.

2. Éléments bibliographiques sur l'application et la force juridique de la norme internationale et européenne (table ronde 2)

2. 1. Ouvrages généraux

- Benlolo-Carabot (M.), Candaş (U.), Cujo (E.), *Union européenne et droit international*, En l'honneur de Patrick Daillier, *CEDIN, Pedone*, 2013.
- Burgogue-Larsen (L.), Dubout (E.), Maitrot de La Motte (A.), Touzé (S.) (sous la dir.), *Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, coll. Cahiers Européens, *Pedone*, 2012.
- Cassia (P.), Olson (T.), *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, *PUF*, 2006.
- Dubout (E.) et Touzé (S.) (sous la dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *Pedone*, 2010.

2. 2. Encyclopédies, périodiques

- Dubouis (L.), « Droit international et juridictions administratives », *Répertoire de droit international*, *Dalloz*, janvier 2013.
- Lachaume (J.-F.), « Droit international et Conseil constitutionnel », *Répertoire de droit international*, *Dalloz*, décembre 2013.





2.3. Rapports

- Rapport annuel de la Cour de cassation 2013, Livre 3 « Études » consacré à l'ordre public, Partie I, Titre I « Sources internationales », La documentation Française, 2013, pp. 111 à 145.
- Étude annuelle du Conseil d'État 2013, *Le droit souple*, La documentation Française, Coll. études et documents, 2013, pp. 23 à 28.

2.4. Articles de doctrine

- Audit (M.), Bismuth (R.), Mignon-Colombet (A.), « Sanction et extraterritorialité du droit américain : Quelle réponse pour les entreprises françaises », *JCP*, janvier 2015, éd. G, n° 12, p. 64.
- Bergé (J.-S.), Touzé (S.), « Au-delà du droit européen, le droit international (public et privé) », *JDI*, 2014, n° 3, chron. 5.
- Chevalier (P.), « La pratique de la Cour de cassation dans le domaine des réserves internationales » in « Actualités des réserves aux traités », Journées d'études de Nanterre, *Société française pour le droit international*, Pédone, mai 2014, p. 160.
- Chevalier (P.), « La légalisation des actes de l'état civil étrangers : une exigence devenue coutumière », *D.*, 2009, p. 2004.
- Lenaerts (K.), « How the ECJ thinks : a study on judicial legitimacy », *Fordham International Law Journal*, 2013, vol. 36, p. 1302.
- Maziau (N.), « La réception du droit international (public) par la Cour de cassation », *JDI* juillet-août-septembre 2013, p. 791.
- Pellet (A.), « Les techniques interprétatives de la norme internationale » (Avant-propos), *RGDIP*, 2011, n° 2, pp. 291-295.

2.5. Commentaires d'arrêts

Cass., 1^{ère} Civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n° 49

- Jacquet (J.-M.), « Le groupe international de sociétés. Le système de conflits de lois en droit comparé français et allemand », *Journal du droit international*, n° 4, oct. 2011.
- Delebecque (P.) et S. Adeline (S.), « Conflits de juridictions – Immunités de juridiction – Immunité relative – Acte participant par sa nature et sa finalité à l'exercice de la souveraineté de l'État », *Journal du droit international*, n° 4, oct. 2011, p. 19.
- Chevallier (P.), « De l'immunité de juridiction de l'État libyen poursuivi dans le cadre de l'attentat contre le DC 10 d'UTA », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 385.
- Pascal (A.-F.), « De l'immunité de juridiction de l'État libyen poursuivi dans le cadre de l'attentat contre le DC 10 d'UTA », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 401.

Cass., 1^{ère} Civ., 6 mars 1984, n° 82-14.008, Bull. 1984, I, n° 85

- Lachaume (J.-F.), obs. sur Cass., 1^{ère} Civ., 6 mars 1984, n° 82-14.008, *AFDI*, 1985, p. 925.
- Rousseau (C.), note sur Cass., 1^{ère} Civ., 6 mars 1984, n° 82-14.008.

CE, Assemblée, 18 décembre 1998, S.A.R.L du parc d'activités de Blotzheim et autre, n° 181249, A

- Becquain (G.), « Le juge administratif, juge de la régularité de l'insertion des traités : l'inconstitutionnalité des traités en vigueur n'est pas impensable », *Petites affiches*, n° 102, p. 6.
- Le Bachelier (G.), « Le contrôle des conditions d'introduction en droit interne d'une convention internationale », *RFDA*, 1999, p. 315.





- Poirat (F.), « Le Conseil d'État et le contrôle de régularité de la conclusion des Traités internationaux », *RGDIP*, 1999, p. 10.
- Raynaud (F.) et P. Fombeur (P.), « Conditions d'application en France d'un traité international dont la ratification ou l'approbation est intervenue sans avoir été autorisée par une loi », *AJDA*, 1999, p.127.

Cass., 1^{ère} Civ. 29 mai 2001, n° 99-16.673, Bull. 2001, I, n° 149

- Ondoua (A.), note sous Cass., 1^{ère} Civ. 29 mai 2001, n° 99-16.673, *Bull.* 2001, I, n° 149, *RGDIP* 2001, p. 1033.

Cour EDH, Gde Chbre, 4 mars 2010 *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10

- Pelletier (M.), « La résurrection du principe non bis in idem », *Droit fiscal*, n° 19, mai 2014, act. 276.
- Stasiak (F.), « Une conception du juge pénal français difficilement conciliable avec elle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de sciences criminelles*, 2014, p. 110.

Cass. Crim., 15 janvier 2014, n° 13-84.778 Bull. crim. 2014, n° 11

- Combes de Nayves (P.), Droit international et obstacle aux poursuites, *AJ Pénal*, 2014, p. 243
- Maron (A.) et Hass (M.), « Interprétation sans réserves », *Dr. Pénal*, 2014, p. 113.
- Winckelmuller (F.), « Entraide judiciaire : office du juge et obligations des autorités judiciaires », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2014.

CE, Assemblée, 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, A

- Boulouis (J.), « A propos de l'arrêt *Nicolo* », *RGDIP*, 1990, n° 1, pp. 91-102.
- Braibant (G.), « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Economica*, 2001, p. 185.
- Dehaussy (J.), « La supériorité des normes internationales sur les normes internes : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 1989, *Nicolo* », *JDI*, n° 1, 1990, pp. 5-33.
- Frydman (P.), conclusions sur CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA 1999, p. 813 ; *Rev. Crit ; DIP*, 1990, p. 125.
- Lachaume (J.F.), « Une victoire de l'ordre juridique communautaire. L'arrêt *Nicolo* consacrant la supériorité des traités sur les lois postérieures », *R. Mar. Com.*, n° 337, mai 1990, pp. 384-394.
- Touchard (J.F.), « A propos de l'arrêt *Nicolo* », *RDP*, n° 3, 1990, pp. 801-811.

CE, Assemblée, 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, A

- Chauvaux (D.) et Girardot (X.), « Place de la coutume internationale en droit interne », *AJDA*, 1997, p. 570.
- Le Bachelier (G.), « Les règles coutumières du droit international public sont applicables en droit interne », conclusions, *AJDA*, 1997, p. 570.

CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n° 178834, A

- Arrighi de Casanova, conclusions sur CE, 28 juillet 2000, Paulin, n° 178834, *Dr. fisc.*, 2001, p. 357 ; Tixier (G.), « Le juge de l'impôt et le droit international public non écrit », *Dalloz*, 2001, p. 411.

CE, Assemblée, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et autre*, n° 322326, A

- Aguila (Y.), L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse, *AJDA*, 2012, p. 729.
- Bonnet (B.), « Quand la montagne accouche d'une souris : le Conseil d'État et l'effet direct des conventions internationales », *Dalloz*, 2012, p. 1712.





- Dumortier (G.) , « L'effet direct des convention internationales », conclusion sur Conseil d'État, Assemblée, 11 avril 2012, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), *RFDA*, 2012, p. 547.
- Grand (R.), « Définition des normes internationales d'effet direct », *AJDA*, 2012, p. 735.

Cass. Soc., 18 janvier 1989, n° 87-44.285, Bull. 1989, V, n° 47

- Richevaux (M.), note sous Cass. soc., 18 janvier 1989, n° 87-44.285, *Droit ouvrier*, 1989, p. 300.

Cass. Soc., 16 décembre 2008, n° 05-40.876, Bull. 2008, V, n° 251.

- Beyneix (I.), « Contrepartie financière de la clause de non-concurrence en cas de faute grave du salarié », *JCP Social*, n° 11, 10 mars 2009, p. 1114.
- Mouly (J.), « Article 6.1 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 », *Droit social*, 2009 p. 236.
- de Quénaudon (R.), « Application de l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *RDT*, 2009, p. 239.

Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 08-45.247, Bull. 2010, V, n° 96

- Mouly (J.), « Le rejet de la réintégration du salarié injustement licencié à l'épreuve du droit à l'emploi », (Article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), *Dr. soc.*, 2010, p. 815.

Cass., 1^{ère} Civ., 14 juin 2005, n° 04-16942

- Boulanger (F.), « La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la Convention de la Haye de 1980 », *D.*, 2005, p. 2790.
- Encinas de Munagorri (R.), « Qu'est-ce qu'un texte directement applicable ? A propos de la Convention internationale de New York sur les droits de l'enfant et de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *RTD Civ.*, 2005, p. 556.
- Neirinck (C.), « L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence », *RDSS*, 2005, p. 814.
- Remy-Corlay (P.), « Application directe de la convention de New York relative aux droits de l'enfant », *RTD Civ.*, 2005, p. 750

Cass. Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Bull. crim. 2012, n° 198

- Delebecque (P.), « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.*, 2012, p. 2711.
- Moliner-Dubost (M.), « Marée noire de l'Erika : double victoire pour les parties civiles et pour l'environnement », *AJ Collectivités Territoriales*, 2012, p. 620.
- Montas (A.) et Roussel (G.), « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika Note de bas de page », *AJ Pénal*, 2012, p. 574.

Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-83.579, Bull. crim. 2014, n° 22

- Bonis-Garçon (E.), « Cumul limité des amendes pénales et boursières et droit de l'Union européenne », *Droit pénal*, n° 4, avril 2014, comm. 67.
- Lasserre Capdeville (J.), « Sanctions administratives et sanctions pénales des abus de marché : confirmation de l'admission du cumul », *AJ Pénal*, 2014, p. 180.
- Rontchevsky (N.), « Le cumul de poursuites et de sanctions des abus de marché à l'épreuve du principe non bis in idem », *D.*, 2014, p. 600.
- Salomon (R.), « Conformité de l'infraction de manipulation de cours aux principes constitutionnels et au droit de l'Union européenne », *Droit des sociétés*, n° 3, mars 2014, comm. 56.





Cass. 1^{ère} Civ., 9 avril 2013, n°11-27.071

- Chevalier (P.), « Nouveauté devant la Cour de cassation du moyen tiré de la violation du droit conventionnel d'accès au juge », *D.*, 2013, p. 1100.
- Douchy-Oudot (M.), « L'inconventionnalité de l'article L. 224-8, alinéa 1^{er}, du code de l'action sociale et des familles », *D.*, 2013 p. 1106.
- Dreyer (E.), « Recevabilité d'un moyen « CEDH » développé pour la première fois devant la Cour de cassation », *JCP G*, n° 25, 17 Juin 2013.
- Favier (Y.), « Pupilles de l'État : une réforme désormais urgente », *JCP G.*, n° 25, 17 juin 2013.
- Neirinck (C.), « Le recours de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles ne respecte pas le droit au procès équitable », *Droit de la famille*, n° 6, Juin 2013, comm. 89.

CE, Assemblée, 11 décembre 2006, Société De Groot En Slot Allium B.V. et Société Bejo Zaden B.V., n° 234560, A

- Landais (C.), Lenica (F.), « Ni capitulation, ni rébellion : dialogue », *AJDA*, 2007, p. 136.

CE, Section, 14 octobre 2011, Mme Saleh, n° 329788, A

- Broyelle (C.), « La responsabilité de l'État du fait de la coutume internationale », note sous arrêt, *AJDA*, n° 43, décembre 2011, p. 2482.
- Melleray (F.), « Engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'application d'une coutume internationale », *Droit administratif*, 2011, n° 12, comm. 101.
- Pacteau (B.), « L'État français débiteur de ce que la coutume internationale l'empêche d'imposer », *JCP* 2012, éd. G, n° 13, p. 2097.
- Roger-Lacan (C.), « La responsabilité du fait de la coutume internationale », *RFDA*, 2012, p. 46.
- Santulli (C.), « Chronique de droit administratif et droit international », *RFDA*, 2013, p. 417.

CE, Assemblée, 8 février 2007, Gardedieu, n° 279522, A

- Clamour (G.), « Le sens des responsabilités ... », *D.*, n° 18, 2007, p. 1214.
- Derepas (L.), « La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », *RFDA*, 2007, p. 361.
- Lenica (F.), « Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité », *AJDA*, n° 11, 2007, p. 585.
- Marguénaud (J.-P.), « La responsabilité de l'État du fait des lois contraires à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2007, p. 297.

CE, Assemblée, 23 décembre 2011, Kandyrine de Brito Paiva, n° 303678, A

- Alland (D.), « Le juge interne et les conflits de traités internationaux », *RFDA*, 2012, p. 26.
- Domino (X.) et Bretonneau (A.), « Le juge administratif, arbitre international ? », *AJDA*, 2012, p. 201.
- Guillaume (G.), « Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales », *RFDA*, 2012, p. 19.

CE, 11 avril 2014, M. Giorgis, n°362237, A

- Santulli (C.), *Droit administratif et droit international*, *RFDA*, 2014, p. 789.

CE, Section, 10 avril 2008, Conseil national des barreaux et autres, n°296845, A

- Boucher (J.), Bourgeois-Machureau (B.), « Le droit international, le droit communautaire, le droit interne et... le juge administratif », *AJDA*, 2008, p. 1085.
- Guyomar (M.), « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats », *RFDA*, 2008, p. 575.





- Roblot-Troizier (A.), « Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2008, p.606.
- Simon (D.), « De la pyramide kelsénienne à un pluralisme juridique ordonné », *Revue Europe*, n° 5, mai 2008, repère 5.

Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274 , Bull. ass. plén. 2000, n° 4

- Rigaux (A.) et Simon (D.), « Droit communautaire et constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation – à propos de l'arrêt *Fraisse* du 2 juin 2000, *Revue Europe*, n° 8, août 2000.
- Lamy (B.) et Deumier (P.), « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *Petites affiches*, 9 octobre 2000, p. 8.

Cons. Const. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010

- Camby (J.-P.), « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les jeux en ligne : le contrôle de constitutionnalité a posteriori ne peut nuire au contrôle de conventionnalité », *Petites Affiches*, 7 juillet 2010, p. 6.
- Mathieu (B.), « La guerre des juges n'aura pas lieu. À propos de la décision n° 2010-605DC du Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2010, p. 576.

CE, 14 mai 2010, n° 312305, M. Rujovic

- Burguburu (J.), « La loi autorisant la ratification d'une convention internationale », *RFDA*, 2010, p. 709.
- Liéber (S.-J.) et Botteghi (D.), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun », *AJDA*, 2010, p. 1355.
- Simon (D.) et Rigaux (A.), *Cah. const.*, 2010, p. 63.

CJUE, 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim, aff. C-188/10 et C-189/10

- Cassia (P.) ; Saulnier-Cassia (E.), « La QPC peut-elle être «prioritaire»? », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 26, pp. 1636-1637.
- Chaltiel (F.), « La Cour de justice de l'Union européenne poursuit le dialogue sur les rapports entre conventionnalité et constitutionnalité (A propos de CJUE, 22 juin 2010) », *Petites affiches*. La Loi / Le Quotidien juridique, 2010, n° 153-154, pp. 6-13.
- Donnat (F.), « La Cour de justice et la QPC: chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 26, pp. 1640-1647.
- Lucazeau (G.), « Constitution, Convention ou Traité. La «guerre des trois» aura-t-elle lieu? », *La Semaine Juridique - édition générale*, 2010, n° 716, pp. 1330-1331.
- Rigaux (A.), « Premier épisode procédural de la question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour », *Europe* 2010, n° 232, p.21.

CJUE, 15 janvier 2014, aff. C- 176/12

- Berlin (D.), « L'article 27 de la Charte n'est pas d'effet direct et ne peut être invoqué dans un litige entre particuliers », *La Semaine Juridique - édition générale*, 2014, n° 4, p. 154.
- Simon (D.), « Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux », *Europe*, 2014, Mars Comm., n° 3, pp. 13-14.
- Surrel (H.), « L'absence d'effet direct horizontal d'un principe énoncé par la Charte des droits fondamentaux », *La Semaine Juridique - édition générale*, 2014, n° 10-11, pp. 491-494.

CE, Assemblée, 13 mai 2011, Mme M'Rida, n° 316734, A

- Domino (X.) et Bretonneau (A.), « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136.
- Geffray (E.), « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 789.





- Verpeaux (M.), « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 806.

CE, Assemblée, 30 juillet 2014, M. Vernes, n° 358564, A

- von Coester (S.), « Le cas d'une sanction administrative inconstitutionnelle », *RFDA*, 2014, p. 945.
- Lessi (J.) et Dutheillet de Lamothe, « Première encoche à la chose inconstitutionnellement décidée », *AJDA*, 2014, p. 1929.

3. Éléments bibliographiques sur les qualités et les attributs des sujets du droit international (table ronde 3)

3.1. Ouvrages généraux, manuels

- Ascensio (H.), Decaux (E.), Pellet (A.) (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., 2012.
- Benlolo-Carabot (M.), Candaş (U.), Cujo (E.) (dir.), *Union européenne et droit international. En l'Honneur de Patrick Daillier*, Pedone, 2012.
- Blumann (C.), Dubouis (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd., LexisNexis Litec, 2013.
- Jacqué (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2012.
- Muir Watt (H.), *Private International Law, Beyond the Schism*, Transnational legal theory, Hart Publishing.
- Pingel (I.) (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, coll. Contentieux européen, 2004, Paris.
- Société Française de Droit International, Institut International des Droits de l'Homme, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'Homme*, Pedone, 2009, Paris.
- Vauris Chaumette (A.-L.), *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, Pedone, 2009.
- Verhoeven (J.) (Sous la dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Larcier, 2004.

3.2. Rapports

- Assemblée générale de l'ONU : Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, *Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme*, 7 avril 2008, document n° A/HRC.8/5.
- de Gouttes (R.), *L'évolution de l'immunité de juridiction des États étrangers*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, p. 249.
- Rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 1995, *Application du droit communautaire et du droit international ; immunité de juridiction et accès à la justice*, (1^{ère} Civ., 14 novembre 1995, Bull. n° 413), *La documentation Française*, Paris, p. 418.
- Rapport n° 70 (2010-2011), Monsieur del Picchia, au nom de la commission des affaires étrangères du Sénat, déposé le 27 octobre 2010 : *Projet de loi autorisant la ratification de la convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*.
- Rapport préparatoire de la CDI n° A/RES/46/10 du 16 octobre 1991 : *Retour ou restitution de biens culturels à leur pays d'origine*.





3.3. Encyclopédies, périodiques

- Bourel (P.), « Conflit de juridictions-Immunités de juridiction et d'exécution », *Jurisclasseur droit. International*, 1^{er} novembre 1993, fasc. 581-50.
- Carreau (D.), « État », *Répertoire de droit international*, *Dalloz*, octobre 2013.
- Charpentier (J.), « Reconnaissance », *Répertoire de droit international*, *Dalloz*, mars 2009.
- Dormoy (D.), « Organisations internationales », *Répertoire de droit international*, *Dalloz*, juin 2012.
- Kessedjan (C.), « Immunités », *Répertoire de droit international*, 2011 (dernière mise à jour : 2014)
- Rideau (J.), « Union européenne - Nature, valeurs et caractères généraux », *Jurisclasseur Europe*, 2010, Fasc. 110.

3.4. Doctrine

- Angelet (N.), Weerts (A.), « Les immunités des organisations internationales face à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *JDI*, 2007, n° 1, doct. 1.
- *Annuaire de droit européen*, 2006, vol. IV
- Audit (M.), « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un État », *RCDIP*, 2008, n° 2, pp. 303-311.
- Barbier (S.), Cuq (M.), « Les immunités de l'Union européenne », in Benlolo-Carabot M., Candas (U.), Cujo (E.) (dir.), *Union européenne et droit international*. En l'Honneur de Patrick Daillier, *Pedone*, 2012, pp. 407-427.
- Benlolo-Carabot (M.), « Les immunités de l'Union européenne dans les États tiers », *AFDI*, 2009, pp. 783-818.
- Benlolo-Carabot (M.), « Les immunités des communautés européennes », *AFDI*, 2008, pp. 549-588.
- Bonichot (J.-C.), « Des rayons et des ombres : Les paradoxes de l'article 6 du traité sur l'Union européenne », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, *Dalloz*, 2011, pp. 49-65
- Chanteloup (H.), « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », *Gaz. Pal.*, 2005, n° 14, p. 2.
- David (E.), « La responsabilité des entreprises privées qui aident Israël à violer le droit international », *Revue belge de droit international*, 2012, n° 1, p. 123.
- de Nanteuil (A.), « L'application en France des règles internationales relatives aux immunités », *Annuaire fr. dr. int.*, 2010, pp. 807-842.
- De Schutter (O.), « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *AFDI*, 2006, pp. 55-101.
- Devers (M.), « La responsabilité civile des entreprises multinationales pour fait internationalement illicite », in Peters (A.), Devers (M.), Thévenot-Werner (A.-M.), Zbinden (P.) (dir.), *Les acteurs à l'ère du constitutionnalisme global - Actors in the age of global constitutionalism*, Paris, Volume n° 35, éd. Société de législation comparée (vol. 35), coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, 2014, pp. 143-194.
- Dietrich (A.), « Nature juridique de l'Union européenne et Conseil constitutionnel », in Eckert (G.), Gautier (Y.), Kovar (R.), Ritleng (D.) (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, PU de Strasbourg, 2007, pp. 39-62.
- Dubouis (L.), Azoulai (L.), « La nature de l'Union européenne », in Cohen-Jonathan (G.), Dutheil de La Rochère (J.) (dir.), *Constitution, démocratie et droits de l'Homme*, Bruylant, coll. *Droit et Justice*, n° 47, 2003, pp. 81-123.





- Flaesch-Mougin (C.), « Les relations avec les organisations internationales et la participation à celles-ci », in Louis (J.-V.), Dony (M.) (dir.), Commentaire J. Megret, Le droit de la CE et de l'Union européenne, vol. 12, relations extérieures, 2^e éd., éd. de l'université de Bruxelles, 2005, pp. 339-437.
- Fongaro (E.), « Le régime spécifique des immunités diplomatiques d'exécution », à propos de Cour d'appel de Paris, 10 août 2000, *D.*, 2001, p. 2157.
- Forteau (M.), « L'État selon le droit international : Une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, n° 4, pp. 737-770.
- Frydman (B.), « L'affaire Total et ses enjeux », in Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?, Bruxelles, *Larcier*, 2007, pp. 301-322.
- Hagen (P. E.), Michaels (A.-L.), « The alien tort statute: a primer on liability for multinational corporations », ALI-ABA Course of Study Environmental Law, 2005
- Hennebel (L.), « L'affaire *Total-Unocal* en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis », CRIDHO Working Paper, 2006/09.
- Jacqué (J.-P.), « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2011, p. 7
- Jacquet (J.-M.), « Les immunités des États et des organisations internationales, immunité et procès équitable », *JDI*, n° 3, juin 2013, Biblio 7.
- Kaplan (C.), Cuniberti (E.), « Arbitrage et volonté implicite d'un état de renoncer à son immunité d'exécution », *JCP*, 2001, éd. G, II, 10512.
- Kerbrat (Y.), « La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international », in Ghérari (H.), Kerbrat (Y.) (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Pedone, 2010, pp. 93-104.
- Le Cotty (R.) et Chevalier (P.), « Reconnaissance internationale d'une immunité d'exécution autonome au profit des États pour le fonctionnement de leur mission diplomatique : étendue, régime et conséquences », *Procédures*, n° 5, mai 2012.
- Legros (C.), « Aff. Noga : l'émergence d'une nouvelle immunité d'exécution ? L'immunité de l'article L. 153-1 du code monétaire et financier », *Gaz Pal.*, 2009, n° 51, p. 2.
- Maziau (N.), « La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme - L'affaire *Kiobel c. Royal Dutch Shell Petroleum Co* devant la Cour suprême des États-Unis, quel écho à la situation française ? », *D.*, 2013, p. 1081 et suiv.
- Maziau (N.), « L'arrêt *Kiobel* : reconnaissance différée d'une responsabilité des sociétés multinationales pour les crimes contre les droits de l'homme ? », *D.*, 2013, p. 1316 et suiv.
- Maziau (N.), « Responsabilité des entreprises : réticence à l'application extraterritoriale du droit américain », *JCP*, mai 2014, éd. E., n° 19, doct. 1253. Moulier (I.), « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », *AFDI*, 2003, pp. 129-164
- Muir Watt (H.), « Les enjeux de l'affaire *Kiobel* : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé », *Trav. Com. fr DIP*, 2011-2012, p. 233 et suiv.
- Muir Watt (H.), « De la renonciation à l'immunité de juridiction des États », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 671. Muir Watt (H.), « Irrecevabilité aux États Unis d'une action de groupe contre une multinationale accusée de crime contre l'humanité, Cour d'appel fédérale des États-Unis (2e Circuit). - 17 septembre 2010 », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 761 et suiv.
- Muir Watt H., « De la compétence des juridictions fédérales en cas de violation du droit international coutumier, Note sous Cour d'appel fédérale du District de Columbia (États-Unis), 8 juillet 2011 (n° 09-7125) et Cour d'appel fédérale du Septième Circuit (États-Unis), 11 juillet 2011 (n° 10-3675) », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 898 et suiv.



- Pellet (A.), « Les effets de la reconnaissance par la Palestine de la compétence de la Cour pénale internationale », *Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh - Droit, liberté, paix, développement*, Pedone, Paris, 2011, pp. 327-344.
- Pingel (I.), Gaillard (E.), « L'immunité de juridiction des organisations internationales : restreindre ou contourner », in *Mélanges Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 205 et s.
- Poissonnier (G.), « La Palestine, État non membre observateur de l'Organisation des Nations Unies », *JDI*, 2013, pp. 427-454.
- Potteau (A.), « Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE ? », *RGDIP*, 2011, n° 1, pp. 77-112.
- Ress (G.), « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, pp. 519-526.
- Salmon (J.), « La qualité d'État de la Palestine », *Revue belge de droit international*, 2012, n° 1, p. 13.
- Taxil (B.), « Les « différends internes » des organisations internationales : des modes appropriés de règlements juridictionnels des différends », *RGDIP*, 2012, n° 3, pp. 605-626.
- Tulkens (F.), « Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *L'observateur de Bruxelles*, 2010, n° 81, pp. 19-21.

3.5. Commentaires d'arrêts

Ch. mixte, 20 juin 2003, n° 00-45.629, 00-45.630, Bull. civ. 2003, Ch. mixte, n° 4

- Muir Watt (H.), « Immunité de juridiction et actes de gestion », note sous arrêt, *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 4, p. 647-654.

Soc., 4 novembre 2009, n° 08-60.593, Archambault c. Province du Québec, Bull. 2009, V, n° 242

- Duplat (J.), « Sur la possibilité de désignation d'un délégué syndical au sein de la représentation officielle d'un État étranger en France », *Dr. soc.*, 2010, p. 177.
- Gauriau (B.), « Pas de délégué syndical au sein de la représentation officielle d'un État étranger », *JCP soc.* 2009, n° 50, 1565.
- Ménard (A.), Hartemann (G.), « Le champ d'application du droit français et de la représentation du personnel et des syndicats », *D.*, 2010, p. 1920.

1^{ère} Civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743., Bull. 2011, I, n° 49

- Chevalier (P.), « De l'immunité de juridiction de l'État libyen poursuivi dans le cadre de l'attentat contre le DC 10 d'UTA », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 385.
- Delebecque (P.), Adeline (S.), « Note sous 1^{ère} Civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743., Bull. 2011, I, n° 49 », *JDI*, octobre 2011, n° 4, 19.
- Gallmeister (I.), « Attentat du DC 10 d'UTA : immunité de juridiction de l'État libyen », *D.*, 2011, p. 890.
- Maziau (N.), « La réception du droit international (public) par la Cour de cassation », *JDI*, juillet 2013, n° 3, doct. 8.
- Pascal (A-F.), « De l'immunité de juridiction de l'État libyen poursuivi dans le cadre de l'attentat contre le DC 10 d'UTA », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 401.

1^{ère} Civ., 28 septembre 2011, n° 09-72.057, Bull. 2011, I, n° 153

- Brenner (C.), « Note sous Cass. 1^{ère} Civ., 28 sept. 2011, n° 09-72057 : *Sté NML Capital Ltd c. République Argentine* », *Gaz. Pal.*, 28 février 2012, n° 59, p. 14.





- Gaudemet-Tallon (H.), « De l'insaisissabilité des fonds affectés à une mission diplomatique Cour de cassation », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 124.
- Hoonakker (P.), « Immunité d'exécution des missions diplomatiques des États étrangers », *L'essentiel Droit bancaire*, n° 10, 2011, p.7.
- Leroy (M.), « Chroniques de jurisprudence », *Banque et droit*, n° 145, Septembre – octobre 2012, p. 25.
- Mattout (J.-P.), Prün (A.), « Fonds déposés en banque par une ambassade et immunité d'exécution », *Droit et patrimoine*, juillet – décembre 2011.
- Morel-Maroger (J.), « Note sous Cass. 1^{ère} Civ., 28 sept. 2011, n° 09-72057 : *Sté NML Capital Ltd c. République Argentine* », *Gaz. pal.*, 4 février 2012, n° 35 , p. 15.
- Piedelièvre (S.), « Immunité d'exécution et compte bancaire d'une mission diplomatique », *RD bancaire et financier*, n° 1, janvier 2012, comm. 26.
- Roussille (M.), « Note sous Cass. 1^{ère} Civ., 28 sept. 2011, n° 09-72057 : *Sté NML Capital Ltd c. République Argentine* », *Gaz. Pal.*, octobre 2011, n° 279, p. 26.
- Samin (T.), Crédot (J.), « Immunité d'exécution des missions diplomatiques », *RD bancaire et financier*, n° 3, mai 2012, comm. 74.

Crim., 14 févr. 2012, n° 11-87679, Bull. Crim. 2012 n° 41

- Méssa (P.), « Le refus d'extradition fondé sur l'absence de souveraineté de l'État requérant et l'impunité du trafiquant de drogue », *Gazette du Palais*, 27 mars 2012, n° 87, p. 18

1^{ère} Civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938, Bull. 2013, I, n° 62

- Bolze (A.), « Saisie sur les créances de l'État argentine : encore raté ! », *Gaz. pal.*, 6 juillet 2013, n° 187, p. 23.
- Brenner (C.), « Pas de renonciation tacite ou générale à l'immunité d'exécution étatique portant sur les biens utilisés à des fins publiques », *Gaz. Pal.*, 15 mars 2014, n° 74, p. 12.
- Cuniberti (G.), « Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique », *JDI*, 2013, comm. 10.
- Donnier (J.-B.), « Nullité de la saisie portant sur des créances se rattachant nécessairement à l'exercice par un État étranger des prérogatives liées à sa souveraineté », *JCP*, 2013, éd. G, n° 15, p. 406.
- Laazouzi (M.), « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'État étranger en France », *RDC*, 2013, p. 1485.
- Martel (D.), « Haro sur les clauses de renonciation à l'immunité d'exécution », *D.*, 2013, p. 1728.
- Perrot (R.), « Saisie conservatoire : contestation du tiers saisi et immunité d'exécution », *RTD Civ.*, 2013, p. 437.
- Roussille (M.), « Chronique de jurisprudence de droit bancaire », *Gaz. pal.*, juillet 2013 , n° 187, p. 23.
- Usunier (L.), « La coutume internationale invoquée pour anticiper l'entrée en vigueur d'une convention internationale », *RTD Civ.*, 2014, p 319.

1^{ère} Civ., 28 mars 2013, n° 11-10.450, Bull. 2013, I, n° 63

- Bolze (A.), « Saisie sur les créances de l'État argentine : encore raté ! », *Gaz. pal.*, 6 juillet 2013, n° 187, p. 23.
- Brenner (C.), « Pas de renonciation tacite ou générale à l'immunité d'exécution étatique portant sur les biens utilisés à des fins publiques », *Gaz. pal.*, 15 mars 2014, n° 74, p. 12.
- Cuniberti (G.), « Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique », *JDI*, 2013, comm. 10.





- Donnier (J.-B.), « Nullité de la saisie portant sur des créances se rattachant nécessairement à l'exercice par un État étranger des prérogatives liées à sa souveraineté », *JCP*, 2013, éd. G, n° 15, 406.
- Hoonakker (P.), « La renonciation à l'immunité d'exécution des États étrangers doit être expresse et spéciale », *L'essentiel Droit bancaire*, 2013, n° 6, p. 7.
- Laazouzi (M.), « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'État étranger en France », *RDC*, 2013, p. 1485.
- Martel (D.), « Haro sur les clauses de renonciation à l'immunité d'exécution ! », *RDC*, 2013, p. 1728.
- Perrot (R.), « Saisie conservatoire : contestation du tiers saisi et immunité d'exécution », *RTD Civ.*, 2013, p. 437.
- Usunier (L.), « La coutume internationale invoquée pour anticiper l'entrée en vigueur d'une convention internationale », *RTD Civ.*, 2014, p. 319.

1^{ère} Civ., 5 mars 2014, n° 12-22.406., Bull. 2014, I, n° 28

- Bolze (A.), « Note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2014, no 12-22406, *Sté Romak SA Geneva c. République d'Ouzbékistan* », *Gaz. pal.*, 22 juillet 2014, n° 203, p. 29.
- Leborgne (A.), « Droit de l'exécution », *D.*, 2014, p. 1466.
- Chroniques de jurisprudence, « L'immunité d'exécution sur les fonds souverains », note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2014, no 12-22406, *Sté Romak SA Geneva c. République d'Ouzbékistan*, *Gaz. pal.*, 20 mars 2014, n° 79, p. 25.

1^{ère} Civ., 19 mars 2014, n° 11-20.312, Bull. 2014, I, n° 44

- D'avout (L.), « Droit du commerce international », *D.*, 2014, p. 1967
- Recueil Dalloz, « Immunité de juridiction (notification) : République de Chine-Taiwan », *D.*, 2014, p. 783

1^{ère} Civ., 5 novembre 2014, n° 13-16.307

- Recueil Dalloz, « République populaire de Chine : portée des relations diplomatiques avec la France », note sous 1^{ère} Civ., 5 novembre 2014, n° 13-16.307, *D.*, 2014, p. 2301

Conseil d'État, section, 14 octobre 2011, M^{me} Om Hashem Saleh et autres, n° 329788

- Broyelle (C.), « La responsabilité de l'État du fait de la coutume internationale », *AJDA* 2011, p. 2482.
- Eveillard (G.), Chronique de jurisprudence administrative, *JCP* 2012, éd. G, n° 6, doct. 149.
- Melleray (F.), « Engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'application d'une coutume internationale », *Droit administratif*, 2011, n° 12, comm. 101.
- Pacteau (B.), « L'État français débiteur de ce que la coutume internationale l'empêche d'imposer », *JCP*, 2012, éd. G, n° 13, 2097.
- Roger-Lacan (C.), « La responsabilité du fait de la coutume internationale », *RFDA*, 2012, p. 46.
- Santulli (C.), « Chronique de droit administratif et droit international », *RFDA*, 2013, p. 417.





Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de la section du rapport et des études

Réalisation :

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études

Comité scientifique du colloque

Conseil d'État

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de la section du rapport et des études

Edmond Honorat, président adjoint de la section du contentieux

Jacky Richard, président adjoint de la section du rapport et des études

Edwige Belliard, conseillère d'État

Cour de cassation

Jean-Claude Marin, procureur général,

Jean-Paul Jean, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport (SDER)

Nicolas Maziau, conseiller référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Pierre Chevalier, avocat général référendaire, chargé de mission au secrétariat général du Parquet de la Cour de cassation,

Ronan Guerlot, directeur adjoint du service de documentation, des études et du rapport (SDER),

Valentine Buck, responsable du bureau du droit constitutionnel, SDER.

La documentation juridique du colloque a été préparée conjointement par le service de documentation, des études et du rapport et le parquet général de la Cour de cassation, ainsi que par la section du rapport et des études et le Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État.

Secrétaires de rédaction :

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études (SRE),

Marie Delord, chargée de mission (SRE),

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission (SRE),

Avec la participation de Céline Bévillon, Morgan Bunel, Paul Chevalier, Anass Mourjane, Etienne Sèche, stagiaires à la section du rapport et des études.

Crédits photos, conseil graphique : direction de la communication.

