



HAL
open science

L'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'État français

Jean-Félix Delile

► **To cite this version:**

Jean-Félix Delile. L'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'État français. Droit. Université de Bordeaux, 2014. Français. NNT: 2014BORD0285. tel-01417802

HAL Id: tel-01417802

<https://theses.hal.science/tel-01417802>

Submitted on 9 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THESE PRESENTEE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPECIALITE DROIT PUBLIC

PAR **Jean Félix DELILE**

**L'INVOCABILITÉ DES ACCORDS INTERNATIONAUX
DEVANT LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
ET LE CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS**

Sous la direction de Mme la Professeure Marie GAUTIER-MELLERAY et de M. le professeur
Loïc GRARD

Soutenue le 11 décembre 2014

Membres du jury :

Monsieur Ronny ABRAHAM,

Juge à la Cour internationale de justice

Madame Marie GAUTIER-MELLERAY,

Professeure à l'Université de Bordeaux, maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'État

Monsieur Loïc GRARD,

Professeur à l'Université de Bordeaux

Madame Eleftheria NEFRAMI,

Professeur à l'Université de Luxembourg, **président, rapporteur**

Madame Bérangère TAXIL,

Professeur à l'Université d'Angers, **rapporteur**

REMERCIEMENTS

À Monsieur le Professeur Loïc Grard et Madame la Professeure Marie Gautier-Melleray pour leur soutien sans faille et leurs précieux conseils. Qu'ils trouvent ici la marque de ma plus profonde gratitude.

À l'équipe des doctorants et docteurs du C.R.D.E.I., ainsi qu'à tous ceux qui m'ont aidé dans la relecture de ce travail.

À mes proches, pour leur bienveillance, leur patience et leurs encouragements.

.

Liste des principaux sigles et abréviations

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
<i>A.F.D.I.</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>A.J.D.A.</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Analisi e diritto</i>	<i>Analisi e diritto</i>
<i>Ann. C.D.I.</i>	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>
<i>Ann. dr. eur.</i>	<i>Annuaire de droit européen</i> (devenu en 2013, <i>Annuaire de droit de l'Union européenne</i>)
<i>A.P.D.</i>	<i>Archives de Philosophie du droit</i>
ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de justice des Communautés européennes, puis de l'Union européenne
<i>Brit. Yearb. Int'l law</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre civile</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle</i>
<i>Cah. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>Cah. phil. pol. jur.</i>	<i>Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen</i>
Cass.	Cour de Cassation
<i>C.C.C.</i>	<i>Les Cahiers du Conseil Constitutionnel</i> (devenus depuis 2010 : <i>Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel</i>)
CE	Conseil d'État
CIDE	Convention internationale des Droits de l'Enfant
<i>CJEL</i>	<i>Columbia Journal of European Law</i>
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CML Rev.</i>	<i>Common Market Law Review</i>
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Commentaire</i>	<i>Revue Commentaire</i>
<i>D.</i>	<i>Dalloz (Recueil)</i>
<i>D.A.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Davis L. Rev.</i>	<i>University of Davis Law Review</i>
<i>Droit et société</i>	<i>Droit et société</i>
<i>Droits</i>	<i>Droits : Revue française de théorie juridique</i>

<i>DSR</i>	<i>Dispute Settlement Reports</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>E.F.A. Rev.</i>	<i>European Foreign Affairs Review</i>
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>ELNI Rev.</i>	<i>Environmental Law Network International Review</i>
<i>E.L. Rev.</i>	<i>European Law Review</i>
<i>Env.L. Rev.</i>	<i>Environmental Law Review</i>
<i>E.P.L.</i>	<i>European Public Law</i>
<i>Europe</i>	<i>Europe</i>
<i>Ga. J. Int'l & Comp. L.</i>	<i>Georgia Journal of International and Comparative Law</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Gde chbre</i>	Grande Chambre (Cour de justice, Cour européenne des droits de l'homme)
<i>GYIL</i>	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>For. it.</i>	<i>Foro italiano</i>
<i>Forum</i>	<i>Forum: Quarterly journal of the International Law association</i>
<i>GATT</i>	General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs et le commerce)
<i>Harvard ILJ</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>ILDC</i>	<i>Oxford Reports on International Law in Domestic Courts</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>
<i>ILR</i>	<i>International Law Reports</i>
<i>IOL Rev.</i>	<i>International Organizations Law Review</i>
<i>L.I.E.I.</i>	<i>Legal Issues of Economic Integration</i>
<i>Leb.</i>	<i>Recueil Lebon – Recueil des décisions du Conseil d'État</i>
<i>J.C.P. A</i>	<i>La semaine juridique – Administration et collectivités territoriales</i>
<i>J.C.P. G</i>	<i>La Semaine juridique – Édition générale</i>
<i>J.C.P. S</i>	<i>La Semaine juridique – Social</i>
<i>J.D.I. (Clunet)</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>JIEL</i>	<i>Journal of International Economic Law</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>J.T.</i>	<i>Journal des Tribunaux</i>
<i>J.T.D.E.</i>	<i>Journal des tribunaux. Droit européen (devenu en 2008, Journal de</i>

	<i>droit européen)</i>
<i>J.W.T.</i>	<i>Journal of World Trade</i>
<i>L.P.A.</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>LQ Rev.</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
<i>M.J.E.C.L.</i>	<i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i>
<i>Modern Law Rev.</i>	<i>Modern Law Review</i>
<i>NJ</i>	<i>Dutch Law Reports</i>
<i>N.W.J. Int'L. L. & Bus.</i>	<i>Northwestern Journal of International Law & Business</i>
<i>NYIL</i>	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
<i>OMC</i>	Organisation mondiale du commerce
<i>ONU</i>	Organisation des Nations Unies
<i>ORD</i>	Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce
<i>PI</i>	<i>Propriété industrielle</i>
<i>PIDESC</i>	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels+
<i>PIDCP</i>	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
<i>R.Adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>Rev. Aff. Eur.</i>	<i>Revue des affaires européennes</i>
<i>R.B.D.I.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>R.C.A.D.E.</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit européen</i>
<i>R.C.A.D.I.</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>R.D.P.</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>R.D.S.S.</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>R.D.U.E.</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de l'Union européenne</i>
<i>Rec. CC</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>Rec. CIJ</i>	<i>Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la Cour internationale de Justice</i>
<i>Rec. CPJI</i>	<i>Recueil de la Cour permanente de Justice internationale</i>
<i>R.E.D.P.</i>	<i>Revue européenne de droit public</i>
<i>Rev. E.A.L.</i>	<i>Review of European Administrative Law</i>
<i>R.E.S.S.</i>	<i>Revue européenne de sciences sociales</i>
<i>Revus</i>	<i>Revus. Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit</i>
<i>R.F.D.A.</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>R.F.D.C.</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>

<i>R.G.D.I.P.</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>R.I.D.C.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Riv. dir. internazionale</i>	<i>Rivista du diritto internazionale</i>
<i>R.S.A.</i>	<i>Recueil des sentences arbitrales</i>
<i>R.S.D.I.E.</i>	<i>Revue suisse de droit international et européen</i>
<i>R.M.C.</i>	<i>Revue du Marché commun</i>
<i>R.M.C.U.E.</i>	<i>Revue du Marché commun de l'Union européenne</i>
<i>R.R.J.</i>	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
<i>R.T.D. eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>R.T.D. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>R.T.D. hom.</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
<i>R.U.D.H.</i>	<i>Revue universelle des droits de l'Homme</i>
sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
<i>SCR</i>	<i>Supreme Court Report (Canada)</i>
<i>Stanford Lawyer</i>	<i>Stanford Lawyer</i>
<i>Parl. Aff.</i>	<i>Parliamentary Affairs</i>
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TribUE	Tribunal de l'Union européenne
<i>Pouvoirs</i>	<i>Pouvoirs</i>
TPIY	<i>Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie</i>
<i>Sir.</i>	<i>Sirey</i>
<i>U.S.</i>	<i>United States Reports</i>
<i>Yale L.J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>
<i>YB. Eur. L.</i>	<i>Yearbook of European Law</i>

PREMIÈRE PARTIE : LA PRÉDOMINANCE CONTESTABLE DE LA THÉORIE SUBJECTIVE DE L'INVOCABILITÉ

Titre 1: Identification de la théorie subjective de l'invocabilité

Chapitre 1 : la compétence juridictionnelle d'appréciation de l'invocabilité du droit conventionnel

Chapitre 2: La convergence partielle des conditions d'invocabilité du droit conventionnel

Titre 2 : Les apories de la théorie subjective de l'invocabilité

Chapitre 1 : La force obligatoire du droit conventionnel mise en cause par l'effet direct

Chapitre 2 : La fonction des procédures de contrôle de la légalité dénaturée par l'effet direct

DEUXIÈME PARTIE : LA DIFFUSION SOUHAITABLE DE LA THÉORIE OBJECTIVE DE L'INVOCABILITÉ

Titre 1 : L'application minimale de la théorie objective de l'invocabilité

Chapitre 1 : Une invocabilité restreinte dans le contrôle de légalité

Chapitre 2 : Une invocabilité inégalement étendue hors du contrôle de légalité

Titre 2 : Pour une application optimale de la théorie objective de l'invocabilité

Chapitre 1 : Perspective interne : une technique de sauvegarde de la cohérence de l'ordre juridique

Chapitre 2 : Perspective internationale : un instrument d'observance des obligations internationales

Introduction

I. Il ne reste guère plus d'activité sociale qui ne présente aucune attache internationale, et qui ne nécessiterait pas à ce titre de réglementation internationale¹. Le besoin de réglementation internationale a engendré au cours du XX^{ème} siècle une expansion fulgurante du domaine d'intervention des accords internationaux². Jadis employé pour pacifier les relations entre États, le droit conventionnel est ainsi devenu un instrument d'uniformisation des droits étatiques³. Cette mutation du droit international public s'est effectuée au moyen

¹ Robert KOLB, *Théorie du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2012, p. 60.

² On se réfère souvent aux évolutions du champ d'application matériel du droit international public pour éclairer ce phénomène, car l'extension du champ d'application *ratione materiae* illustre bien cette dynamique. Robert KOLB a identifié les quatre domaines d'intervention classiques et « nécessaires » du droit international : « (1) la guerre et la réglementation des rapports hostiles (jus ad bellum et jus in bello) ; (2) la diplomatie et les missions spéciales à fin de négociation ; (3) les transactions, notamment les traités ; (4) la coopération (extradition, œuvres communes) », (*Théorie du droit international public, op. cit.*, p. 62). Puis, au cours du siècle dernier, le droit international a progressivement étendu son emprise à de nouvelles matières telles que la protection des droits fondamentaux, la libéralisation de l'économie, la promotion de la démocratie et de l'État de droit, et de certains principes de bonne gouvernance comme la transparence, l'accountability, le respect de l'environnement, ou encore la participation au processus décisionnel des populations concernées par une politique publique, (V. Christian TOMUSCHAT, « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *R.C.A.D.I.*, 1999, pp. 63-70). Il ne faut pas pour autant négliger que les champs d'application *ratione loci* et *ratione personae* ont également considérablement évolué. Concernant le champ d'application spatial du droit international public, il a longtemps été réduit aux nations dites civilisées (l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice, qui fait référence aux « nations civilisées », est un reliquat de cette conception peu universaliste du droit international public). Mais le champ d'application *ratione loci* de ce droit s'est constamment élargi, dans le cadre d'« une longue marche vers l'universalité » qui est parvenue à destination : « L'universalité du droit international est devenue une réalité, et le débat que cette idée a suscité appartient à l'histoire », (Prosper WEIL, « Cours général de droit international public : le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, 1992, p. 83). Le champ d'application personnel du droit international public s'est aussi étendu vers de nouveaux sujets. Initialement conçu comme un droit n'ayant pour seuls auteurs, acteurs et destinataires les États, le droit international a subi une explosion de son champ d'application *ratione personae* : les organisations internationales, les individus, les peuples, les entreprises sont par exemple devenus titulaires de droits et d'obligations tirés du droit international, (Prosper WEIL, *ibid.*, pp. 101-127).

³ Philipp ALLOTT observe que cette évolution du champ d'application matériel d'application du droit international s'accompagne d'un changement ontologique de ce droit : « [o]ld international law is the modest self-limiting of the potentially conflictual behaviour of governments in relation to each other, as they recognise the emergence of new "States", settle the limits of each other's land and sea territory and the limit of their respective national legal systems, resolve disputes and disagreements which may arise in their everyday "relations". New international law is universal legislation. [N]ew international law is re-enacted by national legislatures, implemented by national executives branches of government, enforced in national courts. », (« The Emerging Universal Legal System », *Forum*, 2001, pp. 12-18 (16)). Traduction : « L'ancien droit international est l'outil d'auto-limitation par lequel les gouvernements cherchent à apaiser les comportements potentiellement conflictuels qu'ils peuvent adopter dans le cadre de leurs relations, comme ils reconnaissent l'existence de nouveaux "États", délimitent le territoire terrestre et maritime et les contours de leurs ordres juridiques nationaux respectifs, tranchent les différends et désaccords qui peuvent émerger de leurs "relations" quotidiennes. Le nouveau droit international est une législation universelle. Le nouveau droit international est reproduit par les

d'une considérable intensification de l'activité conventionnelle des sujets de droit ayant la capacité de conclure des traités. C'est ainsi que pour s'en tenir à la France et à l'Union européenne, plus de 7000 accords internationaux sont en vigueur dans l'ordre juridique français⁴, tandis que les institutions de l'Union européenne sont quant à elles liées par plus de 900 instruments conventionnels, mixtes ou purement européens⁵.

2. Les autorités législatives et exécutives peuvent en garantir le respect par deux moyens. *A maxima*, il leur est possible d'édicter des actes juridiques dont la substance est conforme à la règle conventionnelle, et qui en précise les conditions d'application, de manière à créer un état du droit interne qui favorise son exécution⁶. L'autorité juridictionnelle peut également collaborer à cette entreprise d'uniformisation des droits interne et international en interprétant le premier à la lumière du second. *A minima*, les autorités législatives et exécutives sont au moins tenues de ne pas édicter des actes juridiques inconventionnels. Et lorsqu'elles manquent à cette obligation, le rôle des juridictions internes est alors d'agir en gardien de la légalité internationale et de sanctionner l'édiction de l'acte législatif ou exécutif inconventionnel.

3. Mais les juridictions internes n'exercent pas d'office ce contrôle, puisque ce sont les justiciables – personnes privées ou publiques – qui provoquent l'examen de la conventionnalité des actes internes. Or, une prise de position du juge sur l'invocabilité de la

législateurs nationaux, mis en application par la sphère exécutive du gouvernement, et exécuté par les juridictions nationales ».

⁴ Ce nombre intègre les accords purement européens, ainsi que les accords mixtes conjointement conclus par la France et l'Union européenne. Ce résultat a été obtenu par une recherche sur la base de données « *Traités et Accords et de la France* » disponible sur le site internet du ministère des affaires étrangères : http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/Traites/Accords_Traites.php. Elle est composée de la fusion de deux anciennes bases : Choiseul, base historique (traités et accords de la France avant 1914) et Pacte, base juridique (traités et accords en vigueur). Seuls les accords internationaux en vigueur ont été comptabilisés, pour parvenir au résultat exact de 7156 instruments conventionnels valides dans l'ordre juridique français au 3 septembre 2014.

⁵ Ce résultat a été obtenu par une recherche sur la base de données « *Treaties office database* », disponible dans la section dédiée à l'action extérieure de l'Union européenne du site internet europa : <http://ec.europa.eu/world/agreements/default.home.do>. Seuls les accords internationaux en vigueur ont été comptabilisés, pour parvenir au résultat de 905 accords entrés en vigueur au 3 septembre 2014. Si l'on y ajoute les accords internationaux qui ne sont pas encore entrés en vigueur, on parvient au nombre de 1035 accords internationaux conclus par l'Union européenne.

⁶ John H. JACKSON écrit ainsi que confronté à des obligations conventionnelles imprécises, « *the legislators may [...] wish to elaborate on the treaty provisions, which they may view as ambiguous. [...] Language of the act of transformation may clarify some ambiguities (for use of domestic courts on other applications), or specify policy choices left open* », (« Status of Treaties in Domestic Legal System : a policy analysis », *AJIL*, 1992, pp. 310-340 (324-325)). Traduction : « le législateur peut [...] souhaiter apporter des précisions aux stipulations conventionnelles qu'il considère comme étant ambiguës. [...] Les termes de l'acte d'introduction peuvent alors dissiper certaines ambiguïtés (à l'usage des juridictions internes appelées à les appliquer), ou spécifier les choix politiques qu'il opère dans le cadre de la marge d'appréciation qui lui est confiée par le traité ».

norme conventionnelle s'interpose entre l'initiative du justiciable qui allègue l'inconventionnalité d'un acte et le contrôle exercé par le juge pour se prononcer sur le bien-fondé de cette allégation. Il appartient en effet à ce dernier de déterminer si le justiciable est en droit de se prévaloir de la norme conventionnelle sur laquelle il appuie sa revendication. La réponse apportée par le juge à cette question a une influence décisive sur les effets que la norme conventionnelle en cause peut produire dans l'ordre juridique dont il relève, dans la mesure où, à défaut d'invocabilité, les autorités législatives et exécutives ne se trouvent *de facto* pas contraintes de respecter la prescription internationale dont la violation n'est pas susceptible d'être sanctionnée par une juridiction. De sorte que dans les ordres juridiques dits monistes, la production d'effets juridiques par une règle conventionnelle, qui ne nécessite pas d'actes internes de transformation, reste subordonnée à la reconnaissance de son invocabilité par les juridictions internes⁷. La présente étude porte sur l'identification des conditions d'invocabilité des accords internationaux dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne et l'examen de la compatibilité des limites que celles-ci apportent aux effets de ces accords avec les principes relatifs au statut constitutionnel du droit conventionnel. Il convient préalablement de préciser le champ (I) et l'objet (II) de l'étude, pour ensuite exposer les lignes directrices de la thèse qui est soutenue (III), et les méthodes qui ont permis sa réalisation (IV) en deux axes (V).

I. Identification du champ de l'étude : les accords internationaux invoqués devant le juge de la conventionnalité des actes juridiques internes

4. Le droit positif analysé dans cette thèse est le droit conventionnel invoqué devant les juges de la légalité française et de l'Union européenne. Il convient en premier lieu de désigner ceux des accords internationaux qui composent le champ matériel de cette étude. Il s'agit des engagements internationaux qui constituent une source formelle du droit dans les ordres juridiques français et/ ou de l'Union européenne, dès lors qu'ils y ont été réceptionnés (A). Les juges de la légalité français et de l'Union européenne, dont les jugements forment le

⁷ Il convient de préciser que dans l'ordre juridique de l'Union européenne, tout accord international liant l'Union et les États membres est susceptible d'être invoqué comme référentiel d'interprétation du droit interne.

champ contentieux de cette étude, sont ensuite organiquement identifiés. Il s'agit de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil d'État français (B).

A. Champ matériel de l'étude : les accords internationaux réceptionnés dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne

5. L'absence de prescriptions internationales relatives aux modalités d'introduction du droit international dans les ordres juridiques internes offre une pleine liberté aux constituants pour en définir les modalités. Certes, le juge Asser a considéré « *qu'un traité régulièrement conclu est source de droit objectif dans les États contractants, ayant force obligatoire dans chacun desdits États sur le terrain du droit international, même dans les cas où les règles dudit traité seraient en contradiction avec les lois nationales antérieures ou postérieures à sa conclusion* »⁸. Mais cette position est restée isolée et, par principe, l'ordre juridique international demeure indifférent aux conditions d'insertion des prescriptions internationales dans les ordres juridiques internes⁹.

6. L'observation des différents systèmes constitutionnels invite à constater une grande diversité de techniques d'insertion du droit international conventionnel dans les ordres

⁸ Sentence Arbitrale, *Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie (fond) (France contre Pologne)*, 23 mars 1936, Amsterdam, *R.S.A.*, Vol. III, p. 1689-1699.

⁹ Il convient de rappeler à cet égard que les produits juridiques internes ne constituent que « *de simples faits* » pour le juge international qui est en charge d'apprécier leur licéité : CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, *Rec. CPJI*, série A, p. 19. Toutefois, l'ordre juridique international ne saurait tolérer un ordre juridique étatique moniste postulant l'unicité des ordres juridiques interne et international et établissant la primauté de son droit constitutionnel. En effet, un tel système irait à l'encontre des termes de l'affaire du *territoire de Dantzig*, dans laquelle la CPJI jugea qu'un « *État ne saurait invoquer à l'encontre d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur* » : CPJI, avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzig*, *Rec. CPJI*, Série A/B, p. 3 (24-25). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement explicite sur ce point. Les juges de Strasbourg estiment ainsi que « *ni les articles 1^{er} et 13 CEDH, ni la CEDH, en général, ne prescrivent aux États une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de toutes les dispositions de cet instrument* » : Cour EDH, Gde chbre, 27 septembre 1995, *McCann contre Royaume-Uni*, req. n°18984/91, § 153 ; Cour EDH, 25 mars 1983, *Silver e.a. contre Royaume-Uni*, req. n°5947/72, n°6205/73, n°7052/75, n°7061/75, n°7107/75, n°7113/75, n°7136/75, § 113 ; Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicats suédois des conducteurs de locomotives contre Suède*, req. n°5614/72, § 50. La Cour signifiait également son indifférence à propos du statut interne de la Convention européenne des droits de l'homme lorsqu'elle affirmait que « *bien que non tenus d'incorporer la Convention à leur système juridique national, [les États] n'en doivent pas moins, aux termes de l'article 1^{er} et, sous une forme ou une autre, y assurer à quiconque relevait de leur juridiction, la substance des droits et libertés reconnus* » : Cour EDH, plénière, 21 février 1986, *James e.a. contre Royaume-Uni*, req. n°8793/79, § 84.

juridiques internes. La *summa divisio* classique distingue les États monistes et dualistes. Cette catégorisation présente les vertus d'un cadre théorique aux contours bien délimités, faisant de la séparation¹⁰ ou de l'unité¹¹ des ordres juridiques étatiques et international le critère déterminant du mode de régulation des rapports de système¹². Mais comme l'ont montré divers travaux de la doctrine dans la perspective desquels cette étude s'inscrit, la pertinence de cette dichotomie est discutable. L'analyse dualiste apparaît en effet s'imposer dans la mesure où les normes conventionnelles sont réceptionnées et se voient conférer leur validité dans les ordres juridiques internes par un acte juridique interne, constitutionnel ou législatif¹³. L'adhésion à la posture dualiste ne constitue pas un présupposé logique des analyses qui sont

¹⁰ V. Heinrich TRIEPEL, « Les rapports entre droit interne et droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923, pp. 77-118 ; Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international public*, Ed. Panthéon-Assas, Les introuvables, Paris, 1999, p. 50.

¹¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^o éd., trad. Charles EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 430-431 ; « La transformation du droit international en droit interne », *R.G.D.I.P.*, 1936, pp. 4-49.

¹² Michel VIRALLY résume ainsi le point d'opposition des deux écoles : « ou bien l'on est en présence de deux ordres séparés, rigoureusement clos sur eux-mêmes et entre lesquels aucun rapport n'est concevable – sur le plan du droit s'entend. Ou bien, on se trouve en face d'un ordre juridique unique, englobant tous les autres ». Il se détache par la suite des deux écoles en professant « le pluralisme à primauté du droit international », (« Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », Mélanges offerts à Henri Rollin, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505 (492 et 504)).

¹³ Certaines objections ont été adressées à l'approche dualiste des rapports de système. La juge Krystina MAREK considérait que la « doctrine dualiste, effective et conséquente, est incapable d'assurer le fonctionnement adéquat de l'arbitrage et de la juridiction internationale », (« Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale », *R.G.D.I.P.*, 1962, pp. 260-298 (297)). Parmi ces objections, l'une des plus récurrentes tient à souligner que le droit international et le droit interne ne s'adressent pas, contrairement à ce que soutenaient certains auteurs dualistes, à des destinataires différents, (Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 258). Mais l'approche dualiste des rapports de système n'exige pas de concevoir le droit international comme étant matériellement identique à celui qui constituait l'objet d'analyse de Triepel et Anzilotti. Une de ses données fondamentales était alors la divergence des sujets de ces droits international et interne, (Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1899, disponible sur internet à l'adresse qui suit : <http://archive.org/stream/vlkerrechtundla00triegoog#page/n9/mode/2up>, pp. 20-21). Il ne peut être valablement soutenu que le droit international ne régit encore que les rapports entre États et ignore les individus, la reconnaissance de l'aptitude des personnes privées à être destinataires de droits subjectifs internationaux en témoigne, (Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *R.C.A.D.I.*, vol. 356, 2012, pp. 258 et 262-273). Les références opérées par les juridictions internationales à des droits dont les individus sont titulaires en vertu du droit international se multiplient : CIJ, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée contre République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, *Rec. CIJ*, p. 384, § 87 ; Tribunal arbitral constitué par le Gouvernement de la République française et l'UNESCO, 14 janvier 2003, *sentence arbitrale relative à la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, *R.G.D.I.P.*, 2003, pp. 221-257, § 82 ; CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains, (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, *Rec. CIJ*, p. 12, § 40 ; Cour EDH, 12 mai 2005, *Öcalan contre Turquie*, req. n°46221/99, § 85. Le développement de la capacité processuelle internationale des personnes privées est également un indice de leur accession au titre de sujet « acteur » du droit international, (Bérangère TAXIL, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, Thèse, Université Paris I, 2005, pp. 145-180). Pour autant, il n'en demeure pas moins que le droit conventionnel produisant des effets dans l'ordre interne revêt formellement la qualité de droit interne.

développées dans ce travail doctoral, mais a toutefois guidé certains choix terminologiques qui y ont été opérés.

7. Pour cette raison, les principes directeurs de cette doctrine, au premier rang desquels figure la nature formellement interne des règles conventionnelles appliquées par les juges français et de l'Union européenne, seront présentés (1). Plus spécifiquement, les ordres juridiques français et de l'Union européenne se rangent parmi les plus perméables à l'incorporation de ce droit d'origine internationale (2). Et trois catégories d'accords internationaux coexistent dans ces ordres juridiques : les traités conclus par la France, ceux conclus par l'Union européenne et, enfin, ceux conclus par la France et l'Union européenne (3).

1) L'incompressible nature interne du droit conventionnel

8. Appelée à appliquer une prescription conventionnelle, une juridiction interne donne effet à une norme matériellement internationale, mais formellement interne. Partant, lorsqu'il est saisi d'un moyen d'inconventionnalité du droit interne, le juge n'est donc pas gardien de la légalité internationale, bien qu'il participe à sa garantie, mais bien plutôt gardien de la légalité interne¹⁴.

¹⁴ Pour reprendre les mots de Jean COMBACAU, « *ce à quoi les juridictions françaises donnent effet, ce ne sont pas des règles internationales mais les prescriptions formelles étatiques, résultant exclusivement du droit français, concernant le traitement des prescriptions substantielles internationales* », (« Conclusions », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2001, pp. 85-93 (89)). Aucun obstacle logique ne s'oppose à ce que cette formule soit étendue à l'office de la Cour de justice de l'Union européenne ou de toute autre juridiction étatique en charge d'appliquer du droit d'origine internationale. En conséquence, lorsqu'un justiciable invoque une prescription internationale devant le juge interne, c'est bien à du droit interne d'origine internationale qu'il entend donner effet. À rebours, le commissaire du gouvernement Ronny ABRAHAM développe un raisonnement inverse lorsqu'il explique que « *le juge administratif applique du droit international d'origine interne, dans ce sens qu'il applique des normes internationales, des Traités des règles coutumières mais qu'il les applique sur une fondement qui est un fondement interne, [...] le titre qui l'habilite, [...] à appliquer les normes internationales est un titre purement interne* », (« Intervention de M. Ronny Abraham », in Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence du conseil Constitutionnel et du Conseil d'État, droit international et relations internationales*, op. cit., p. 47). La spécificité de la situation des juridictions des États membres de l'Union européenne, juges de la légalité communautaire depuis l'arrêt *Costa*, met en exergue l'impossibilité d'étendre ce modèle au droit international général. V. Ami BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20 ; Bruno DE WITTE, « Retour à Costa, la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *R.T.D. eur.*, 1984, pp. 425-454 (445).

9. Formellement, l'idée même de monisme constitutionnel relève de « *l'impossibilité logique* »¹⁵, dans la mesure où la Constitution demeure l'horizon indépassable de la chaîne de validité dans l'ordre interne (a). Par conséquent, les juges internes n'appliquent rien d'autre que du droit interne d'origine internationale (b).

a) De la réception constitutionnelle des normes conventionnelles

10. L'affirmation selon laquelle l'Union européenne et la France seraient des ordres juridiques monistes est porteuse d'une contradiction interne, du moins s'il en procède « *l'idée que le droit international, par lui-même et en quelque sorte de sa propre autorité, déploierait des effets quelconques dans l'ordre interne* »¹⁶. C'est en effet l'étude des clauses constitutionnelles de réception du droit international qui permet d'identifier les rapports que ces ordres juridiques entretiennent avec les normes internationales¹⁷. La clause de réception

¹⁵ Alain PELLET, « Vous avez dit monisme ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme Constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit- Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, op. cit., 2006, pp. 827-857 (831).

¹⁶ Ronny ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 257-278 (260). L'auteur récuse la possibilité d'un tel monisme. Il considère que des ordres juridiques ne peuvent être considérés comme monistes qu'à la condition de les appréhender comme « *reposant sur des règles constitutionnelles d'articulation des traités internationaux et du droit national telles que les traités internationaux s'appliquent par eux-mêmes à certaines conditions et l'emportent sur le droit national* », (ibid.).

¹⁷ C'est ainsi que, de ce point de vue, la catégorisation des ordres juridiques français et de l'Union au sein de la famille moniste ne peut pas trouver de justification. Seule une compréhension des doctrines moniste et dualiste qui se focaliserait sur la technique constitutionnelle d'insertion du droit international dans l'ordre interne, et non sur la question de l'unité ou de la pluralité formelle du droit, permet d'envisager la Constitution française et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comme instaurant des systèmes monistes, (pour une analyse de droit constitutionnel français : Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), R.F.D.A.*, 1997, pp. 585-597 (593) ; pour une analyse en droit de l'Union européenne : Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, Oxford, Oxford University press, 2ème éd., 2011, pp. 325-327 ; Hugo FLAVIER, *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant 2012, pp. 232-233 ; Jean-Claude GAUTRON, Loïc GRARD, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 161 ; Allan ROSAS, « The European Court of Justice and public international law », in Jan WOOTERS, Andre NOLLKAEMPER, Erica DE WET (dir.), *The europeanisation of international law*, La Haye, T.M.C. Asser press, 2008, pp. 71-85 (73) ; Aurore LAGET-ANNAMAYER, « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *R.T.D. eur.*, 2006, pp. 249-288 (251)). Ainsi, lorsque Béangère TAXIL affirme que « *dans un système moniste, la réception formelle des traités n'est pas nécessaire : en principe l'État ne prend ni acte ni procédure destinés à intégrer le traité* », (*L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, op. cit., p. 227), son analyse se concentre sur la technique constitutionnelle d'introduction du droit conventionnel. Il en va de même lorsque Koen LENAERTS explique que « [t]he

est l'acte juridique conférant aux prescriptions internationales leur validité dans l'ordre interne, sans laquelle elles seraient réduites à ne déployer leurs effets que dans l'ordre international¹⁸. Or, l'existence même de ces clauses témoigne de l'«*incompressible*»¹⁹ pluralité des ordres juridiques et, par voie de conséquence, du nécessaire dualisme des rapports entre droit interne et droit international²⁰.

II. Les analyses pluralistes sont quant à elles appréhendées comme un dérivé de la doctrine dualiste, optant pour une évolution sémantique plus représentative de la diversité actuelle des ordres juridiques coexistant dans l'espace juridique mondialisé. La doctrine pluraliste partage la prémisse fondamentale de la doctrine dualiste : elle considère que chaque ordre juridique détermine librement les effets juridiques produits en son sein par le droit d'origine externe qui y est réceptionné²¹. L'approche pluraliste se défait de la binarité de la doctrine dualiste²², en mettant l'accent sur la diversité des catégories d'ordres juridiques. Mais

incorporation of public international law in EU law follows, to some extent, a "monist approach". [...F]or international law to be "the law of the land", there is no need for EU institutions to pass secondary EU Law "translating" such an agreement in EU Law. », (« Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (45)). Traduction : « L'incorporation du droit international public en droit de l'Union s'opère dans une certaine mesure selon une approche moniste. [...] Pour que le droit international devienne un élément du droit interne, il n'est pas nécessaire que les institutions de l'Union édicte un acte de droit dérivé transformant un tel accord en droit de l'Union européenne ».

¹⁸ Gaetano ARANGIO-RUIZ souligne que les effets juridiques des prescriptions internationales dans l'ordre interne sont rendus possibles non par une obligation internationale imposant aux organes nationaux de leur donner effet, mais d'une règle constitutionnelle déterminant leurs conditions d'application par ces organes. Et cette inaptitude du droit international à déterminer ses conditions d'application dans les ordres juridiques internes sont une manifestation de la dualité catégorielle de ces ordres juridiques, (« Dualism revisited : international law and interindividual law », *Riv. dir. internazionale*, 2003, pp. 909-999 (922 et 937) ; V. également, Mario MENDEZ, *The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, Oxford, Oxford University press, 2013, pp. 43-44).

¹⁹ L'expression est empruntée à Denys SIMON, (« L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé », *Europe*, mars 1999, pp. 4-6).

²⁰ Slim LAGHMANI observe que « la réception est une technique spécifique du dualisme [qui] marque l'indépendance des ordres juridiques et le moyen de communication entre normes internes et internationales », (« Droit international et droits internes : vers un renouveau du jus gentium », *Droit international et droits internes – Développements récents : actes du colloque des 16-17-18 avril 1998 à Tunis*, Paris, Pedone 1999, pp. 23-44 (25)).

²¹ Grainne DE BÚRCA écrit que « *Pluralist approaches share with dualism the emphasis on separate and distinct legal orders. Pluralism however, emphasises the plurality of normative systems, while the traditional focus on dualism has been only on the relationship between national and international law* », (« The European Court of Justice in the International Legal Order after *Kadi* », *Harvard ILJ*, 2010, pp. 1-49 (32)). Traduction : « L'approche pluraliste partage avec le dualisme un attachement à la séparation et à la distinction des ordres juridiques. Toutefois, le pluralisme met l'accent sur la pluralité des systèmes de normes, alors que le dualisme s'est traditionnellement concentré sur les relations entre droits national et international ».

²² L'approche dualiste distingue deux catégories d'ordres juridiques – l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international – entre lesquels les normes ne circulent que par voie de réception, c'est-à-dire de transformation formelle. La hiérarchie des normes est binaire, dans la mesure où le droit d'origine interne prime dans l'ordre interne, tandis que le droit d'origine internationale prime dans l'ordre international. Si le droit international lui-même était appliqué par le juge interne, les effets attachés aux prescriptions conventionnelles

elle emprunte à la théorie dualiste le principe de la relativité des règles de hiérarchie qui s'y appliquent et de la nature des normes qui y produisent leurs effets juridiques²³. Les doctrines dualiste et pluraliste conduisent donc à considérer les règles internationales appliquées par le juge interne comme du droit interne, au sens où, une fois réceptionnées dans les ordres juridiques français et de l'Union, elles adoptent la nature de normes françaises et de l'Union.

12. Les articles 55 de la Constitution française et 216, paragraphe 2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, TFUE) opèrent donc une formalité générale et anticipative de réception du droit conventionnel ; le monisme des ordres communautaire et français constitue dès lors une « modalité du dualisme »²⁴. Comme l'indique Denis Alland, « il est tentant d'envisager la pratique constitutionnelle des États sur fond de dualisme

devraient y être cherchés. Par suite, il ne pourrait être fait obstacle par ce juge à la primauté des accords internationaux (CPJI, avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzig*, préc., pp. 24-25 ; l'article 27 de la Convention de Vienne vient confirmer cette affirmation en rappelant que « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité », ce qui entrerait ouvertement en contradiction avec les jurisprudences Sarran (CE, ass. 20 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, Leb. p. 368) et Kadi (CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, C-402 et 415/05, Rec. p. I-6351) pour les ordres juridiques qui nous intéressent. Denis ALLAND affirme à ce sujet que « [c]ompte tenu du tri constitutionnel qu'on fait subir aux actes internationaux [...] leur primauté disparaît, et avec elle le caractère d'acte juridique international de ce que le juge est censé appliquer », (« Le juge français et le droit d'origine internationale », in Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du conseil Constitutionnel et du Conseil d'État, droit international et relations internationales*, op. cit., pp. 47-59 (55)).

²³ Ramses WESSEL observe ainsi que « in this model, the normative force of norms is derived from the legal order in which they operate [...], and the supremacy which is claimed by one legal order is regarded as a fact rather than a norm in this legal order », (« Reconsidering the relationship between international and EU law : towards a content-based approach? », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 7-33 (26)). Traduction : « Dans ce modèle, la force juridique des normes dérive de l'ordre juridique duquel elles relèvent [...], et la primauté qui est revendiquée par un autre ordre juridique est appréhendée comme un fait plutôt que comme une norme dans cet ordre juridique ». L'approche pluraliste n'exclut pas qu'entre ces ordres, les normes ne circulent que par voie de réception, de transformation formelle, (V. Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », Mélanges offerts à Henri Rollin, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505 (504)).

²⁴ Jean COMBACAU, Serge SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2012, p. 183. Jean D'ASPREMONT et Frédéric DOPAGNE remarquent également que dans l'arrêt Kadi, « the ECJ demonstrates that monism is simply a modality of dualism », (« Kadi: the ECJ's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders », *JOL Rev.*, 2008, pp. 371-379 (374-375)). Traduction : « la Cour de justice démontre que le monisme est simplement une déclinaison d'une dualisme ». Heinrich TRIEPEL développait déjà un raisonnement comparable en 1923, écrivant que le prétendu monisme avec suprématie du droit conventionnel consacré par la Constitution des États-Unis d'Amérique (article 6, paragraphe 2 : « Treaties [...] shall be the supreme Law of the land ») ne réfutait pas sa théorie dualiste des rapports de système. Sa théorie s'en trouvait même confirmée dans la mesure où c'est une disposition constitutionnelle – interne – qui confère aux normes conventionnelles la possibilité de produire des effets de droit dans l'ordre juridique américain, (« Les rapports entre le droit interne et le droit international », préc., p. 91).

généralisé, plein de nuances, comme une échelle d'internationalité croissante »²⁵. Et sur cette échelle, le plus haut degré d'internationalité ne pourrait pas être qualifié de monisme, phénomène impliquant un rapport direct de validité inter-systémique du droit international²⁶, mais bien plutôt en termes d'automaticité d'introduction du droit international dans l'ordre interne. Ici, les systèmes constitutionnels français et de l'Union ne s'érigent pas en systèmes monistes, mais adoptent un « *dualisme souple* »²⁷ favorable à la source internationale²⁸. Dans son étude des modalités d'introduction du droit coutumier international en droit anglais, Jacqueline Dutheil de la Rochère distingue la « *doctrine de la transformation* » et la « *doctrine de l'incorporation* »²⁹. Dans la première, l'introduction des règles de droit international nécessite une décision de justice ou un acte du parlement alors que, dans la seconde, elle est effectuée dès que les conditions de procédure définies par la clause

²⁵ Denis ALLAND, « L'application du droit international considéré du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame ? », *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 203-244 (220).

²⁶ Rappelons qu'une acception pure du monisme implique nécessairement que le juge applique les accords internationaux en eux-mêmes. Toute forme de réception formelle dans l'ordre juridique interne y est en effet récusée, le droit international s'incorporant automatiquement aux ordres juridiques étatiques en raison de leur appartenance commune à un système juridique unique, (V. Hans KELSEN, « La transformation du droit international en droit interne », *R.G.D.I.P.*, 1936, pp. 4-49). Le droit conventionnel serait donc un droit de nature internationale, même dans l'ordre interne, dans lequel ses effets de droit ne seraient ni permis, ni déterminés par une règle interne, mais par la règle internationale *pacta sunt servanda*.

²⁷ Gérard TEBOUL, « Ordre juridique international et ordre juridique interne – Quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif », *R.D.P.*, 1999, pp. 697-718 (699) ; ici l'ordre juridique de l'Union serait plus souple que son homologue français en tant que ce dernier soumet l'insertion des accords internationaux à la publicité interne de l'accord alors même que le premier synchronise entrée en vigueur objective et subjective ; Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY affirment à propos du système français que : « *le monisme avec primauté du droit international est ainsi une illusion du point de vue du droit interne. On ajoutera même que l'autre version du monisme, celui avec primauté du droit national, ne correspond pas davantage à l'état actuel du droit français, au moins pour ce qui est du droit international stricto sensu, notre droit positif s'inscrivant au contraire dans une logique dualiste* », (« Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'ass. du 8 février 2007 », *Droit administratif*, Mai 2007, pp. 9-17 (9)).

²⁸ L'affirmation de Dionizio ANZILOTTI selon laquelle il est nécessaire qu'une technique de réception « *change la valeur formelle de la norme* » pour que les prescriptions internationales produisent des effets dans l'ordre interne reste à ce titre d'actualité, (*Cours de droit international public, op. cit.*, p. 63). On ne retiendra en revanche pas la proposition qui suit selon laquelle cette réception « *change les destinataires de la norme qui seront désormais les sujets de l'ordre juridique dans lequel cette norme est entrée pour en faire partie* » (*ibid.*). En effet, une norme internationale peut viser l'individu comme sujet de droit international ; la norme d'origine internationale produite par sa réception dans l'ordre juridique international vise alors le même individu, cette fois-ci considéré comme sujet de droit interne. L'autonomie des ordres juridiques internes, qui se manifeste au travers des « *clauses de réception* » (l'expression est ici empruntée à Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 87) constitutionnelles, s'impose comme l'horizon indépassable de la validité de la doctrine moniste. Ainsi, ce sont bien des prescriptions constitutionnelles dont « *tout procède* » (Ronny ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette supérieur, 1989, p. 35) dans l'ordre juridique interne qui vont organiser les modalités d'introduction des prescriptions internationales dans les ordres juridiques.

²⁹ Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Le droit international fait-il partie du droit anglais ? (Réflexions sur les relations entre le droit international public et le droit interne au Royaume-Uni, à la lumière de l'appartenance communautaire de ce pays) », in *Le droit international : unité et diversité – Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 242-248 (246).

constitutionnelle organisant leur réception dans l'ordre interne sont satisfaites. Opposer les systèmes constitutionnels introduisant le droit international par le moyen d'une « *incorporation* »³⁰ aux systèmes employant la méthode de la « *transformation* »³¹ introduit donc une *summa divisio* qui conserve la valeur explicative de la distinction entre monisme et dualisme constitutionnel, tout en abandonnant une terminologie qui prête à confusion, par l'existence d'un système juridique unitaire que laisse supposer la référence au monisme³². Cette typologie permet en effet de considérer qu'un ordre juridique interne ayant adhéré à la doctrine de l'incorporation est en partie composé de prescriptions matériellement internationales, mais revêtant la nature formellement interne que leur titre constitutionnel de validité leur confère. Pour cette raison, il est fait usage de cette typologie dans cette thèse.

b) De la nature interne des normes conventionnelles

13. Le droit créé par le procédé de la transformation garde une grande spécificité dans l'ordre interne. L'interprète authentique de la prescription substantielle internationale que le juge interne applique est, lorsqu'elle existe, la juridiction internationale compétente pour définir sa portée dans l'ordre juridique international. Il appartient alors aux juridictions internes de se soumettre au principe énoncé par Evelyne Lagrange selon lequel « *la novation formelle n'implique pas nécessairement l'altération de la substance normative* »³³. Bien que le juge interne donne effet à une norme formellement interne, les interprétations qui s'y

³⁰ La terminologie proposée par Jacqueline Duteil de la Rochère a récemment été employé par l'avocat général Jääskinen qui relève que la jurisprudence de la Cour « *a confirmé l'incorporation des accords internationaux dans l'ordre juridique communautaire* ». Ce qui signifie que « *les dispositions conventionnelles produisent des effets dans l'ordre juridique de l'Union même en l'absence de tout acte législatif ou réglementaire adopté en vue de leur mise en œuvre* » : Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, affaires jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, pt. 31 et 32.

³¹ Cette terminologie a également été employée par l'avocat général Jääskinen lorsqu'il observe que dans un système dit dualiste, les effets juridiques des traités dans l'ordre juridique interne « *dépendent d'actes législatifs ou réglementaires destinés à assurer leur mise en œuvre (transformation)* » : Niilo JÄÄSKINEN, *ibid.*, pt. 37.

³² V. dans le même sens, Gérard TEBOUL, « *Ordre juridique international et ordre juridique interne – Quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif* », préc., p. 705.

³³ Evelyne LAGRANGE appuie son propos en observant que les juridictions anglaises ont interprété le champ d'application du *Human Rights Act* – loi de transformation de la Convention de Rome – non pas à la lumière des directives d'interprétation d'origine interne, mais à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde de droits de l'Homme. (« *L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes* », préc., p. 290) ; V. Chambre des Lords, 13 juin 2007, *Al-Skeini and Others versus Secretary of State for Defence*, UKHL, n°26.

attachent, et donc sa substance, restent déterminées dans l'ordre international³⁴. Il en résulte que les personnes privées sont simultanément titulaires de droits subjectifs internes et internationaux de contenu identique, dont la protection relève respectivement de l'office des juridictions internes et internationales selon l'ordre juridique dans lequel le particulier entend obtenir leur protection³⁵.

14. Dans l'approche qui est la nôtre, le dualisme ne doit ainsi pas être perçu comme un obstacle à la promotion des effets du droit international dans les ordres juridiques internes, mais comme une réalité incompressible dont les caractéristiques intrinsèques ne font aucunement obstacle à son respect³⁶. Ainsi, le dualisme, tel qu'ici appréhendé, ne doit pas être conçu comme un écran à la pénétration des prescriptions internationales dans l'ordre interne mais bien plutôt comme le reflet d'une conception formaliste des rapports de système³⁷. En terme d'invocabilité, l'approche dualiste ne nuit pas à la possibilité pour le justiciable de se prévaloir des prescriptions conventionnelles s'il les estime violées. Elle ne fait qu'influer sur la nature du droit dont il se prévaut qui revêt une nature interne tout en conservant son origine internationale.

³⁴ Les juridictions internes perdent en effet leur autonomie d'interprétation lorsque le système juridique international auquel appartient un Traité est doté d'un organe juridictionnel international compétent pour interpréter les normes qui le constituent. Cette perte de l'autonomie interprétative des juges internes a pu être perçue comme un péril pour certains auteurs qui considéraient son maintien comme un contrepoids nécessaire au déficit démocratique qui marque l'élaboration de la norme conventionnelle. Ce péril réside en l'émergence d'une certaine « inflexibilité » du droit international. V. Mattias KUMM, « The Legitimacy of International Law : A Constitutionalist framework Analysis », *EJIL*, 2004, pp. 907-931 (911-912).

³⁵ C'est le prolongement logique du constat opéré par Evelyne LAGRANGE selon lequel « *la personne privée peut appartenir simultanément à plusieurs ordres juridiques* », (« L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 292). Par exemple, en vertu d'un traité international de protection de droits de l'Homme, l'individu-sujet d'un État contractant est simultanément destinataire de droits subjectifs internationaux et nationaux de même substance. Il est donné effet au premier lorsque l'individu entend le voir appliqué à sa situation juridique dans l'ordre international, par exemple en sollicitant la condamnation par une juridiction internationale de l'État qui a violé ce droit. Il est donné effet au second lorsque l'individu entend le voir appliqué à sa situation juridique dans l'ordre étatique, par exemple en sollicitant la condamnation par une juridiction nationale de l'État qui a violé ce droit.

³⁶ La réalité des obstacles à la promotion de l'effectivité du droit international réside ainsi largement dans les obstacles opposés par les juges aux accords internationaux.

³⁷ À cet égard, nous partageons conclusions de Jean COMBACAU pour qui le « *triomphe* » du droit international s'impose comme « *contingent* », et repose tout entier sur « *une décision librement consentie par l'État et librement révoquée, et non pas d'une exigence extrinsèque au système juridique étatique* », (« Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. ph. dr., Le système juridique*, 1986, pp. 85-105 (94)). Ce « *triomphe* » du droit international suppose en premier lieu la mise en place d'un système constitutionnel ne conditionnant pas leurs effets internes à l'intervention d'actes juridiques *ad hoc* de transformation. Sur ce point, les ordres juridiques français et de l'Union européenne favorisent l'effectivité des règles conventionnelles internationales en raison de l'automatisme de leur incorporation dans le droit interne.

2) La technique de réception du droit conventionnel choisie en droits français et de l'Union européenne

15. Le modèle de la clause constitutionnelle de réception du droit international influe sur les rigueurs des conditions de son insertion dans l'ordre juridique interne. Différentes formes de clauses ont émergé dans les ordres nationaux, établissant une gradation de la perméabilité des ordres juridiques étatiques au droit international³⁸. Le positionnement de l'Union européenne vis-à-vis de ses obligations conventionnelles est sur ce point analogue à celui d'un État³⁹. À la manière d'un État, elle a librement déterminé les règles d'acquisition par le droit conventionnel de la qualité de source formelle de son ordre juridique. La Constitution française et le droit primaire de l'Union européenne sont dotés d'une clause de réception générale du droit conventionnel et entrent par conséquent dans la catégorie des ordres juridiques les plus ouverts à la norme internationale. Ces clauses simplifient en effet la justiciabilité des règles d'origine internationale, qui ne nécessitent alors pas un acte législatif de transformation pour être invocables devant les juridictions internes.

16. Pour que les engagements internationaux incorporent les ordres juridiques français et de l'Union européenne et lient les autorités normatives internes, les articles 55 de la Constitution de 1958 et 216, paragraphe 2 du TFUE exigent que les traités soient

³⁸ Ces procédés de réception se déclinent sous trois formes : les clauses de réception générale sans condition de publicité (Il s'agit du système employé par la Suisse (article 5, aliéna 4) et l'Union européenne (article 216, paragraphe 2 TFUE)), les clauses de réception générale avec condition de publicité (Il s'agit du système employé par la France (article 55), l'Espagne (article 96, alinéa 1) ou encore les Pays-Bas (articles 93)), et enfin les clauses exigeant l'édiction d'actes législatifs internes de transformation des accords internationaux (Il s'agit du système employé selon des modalités variables par l'Allemagne (article 59 loi fondamentale), l'Italie (article 11) et la Grande Bretagne).

³⁹ Eileen DENZA remarque ainsi que « [t]owards international legal orders, the Court is open and and deferential to the extent compatible with its own mandate, as established in the Treaties and developed by its own jurisprudence. In the case of conflict with its own legal order, the Court will defend its own mandate. In this behaviour, it resembles national courts. [...] Its delineation of the relationship between international and Union law is within spectrum of constitutional relationships provided in national legal systems », (« Placing the European Union in International Context : Legitimacy of the Case Law », in Maurice ADAMS, Henri DE WAELE, Johan MEEUSEN, Geert STRAETMANS, (dir.), *Judging Europe's judges. The legitimacy of the Case Law of the Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, pp. 175-195 (194-195)). Traduction : « Dans ses relations avec les ordres juridiques internationaux, la Cour se montre ouverte et déférente dans une mesure qui est compatible avec son propre mandat, tel que délimité par les Traités et précisé par sa propre jurisprudence. Lorsque survient un conflit avec son propre ordre juridique, la Cour va défendre son propre mandat. Par ce comportement, elle ressemble aux juridictions nationales. [...] Sa délimitation des relations entre droits international et de l'Union européenne se fonde dans les paradigmes constitutionnels de relations (intersystémiques) fournis par les ordres juridiques nationaux ».

régulièrement conclus et ratifiés⁴⁰. En outre, ces clauses sont susceptibles d'opposer des conditions conjonctives à l'entrée en vigueur de ces règles conventionnelles.

17. L'entrée en vigueur des accords internationaux se trouve à cet égard plus aisément admise dans l'ordre juridique de l'Union que dans l'ordre juridique français. En effet, tandis que la clause constitutionnelle française de réception du droit conventionnel soumet l'entrée en vigueur des normes qui le composent à leur publication au Journal Officiel⁴¹, la clause inscrite dans le droit primaire de l'Union, telle qu'interprétée par la Cour, se limite à exiger l'entrée en vigueur dans l'ordre juridique international du traité régulièrement conclu⁴². La

⁴⁰ Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « L'applicabilité des normes internationales », *jscl. Administratif*, fasc. n°20, 20 novembre 2003, pt. 15 ; Joël RIDEAU, « Accords internationaux », *répertoire droit communautaire*, fasc. n°196, Dalloz, mars 2011.

⁴¹ L'incorporation en droit interne d'un énoncé juridique conventionnel est, à l'inverse de l'ordre juridique communautaire, conditionnée à une formalité procédurale d'introduction de l'accord. La singularité de la clause de réception française réside ainsi en ce qu'elle « lie la validité et/ou l'opposabilité du traité dans l'ordre juridique national uniquement à sa publication », (Jochen Abr FROWEIN et Karin OELLERS-FRAHM, « L'application des Traités dans l'ordre juridique interne – rapport de synthèse », in Pierre-Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 3-25 (12)), et non à l'édiction d'un acte législatif. Ainsi, dans l'ordre juridique français, le lien entre la publication et l'applicabilité des traités dans l'ordre interne est posé explicitement en l'article 55. Jean-François LACHAUME estime qu'une lecture stricte de cet article implique que « c'est la primauté du Traité ou de l'accord qui est subordonnée à sa publication et non son entrée en vigueur », (« Jurisprudence française relative au droit international », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 517-553 (521)). Mais le Conseil d'État a jugé que « les conventions internationales doivent pour être applicables sur le territoire français avoir été régulièrement publiées » : CE, 30 octobre 1964, *Société Prosagor et autres, Leb.* p. 496. Il apparaît donc que ce n'est pas seulement la primauté du traité sur la loi, mais également son aptitude à constituer un élément de la légalité interne qui est subordonnée à sa publication.

⁴² Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, l'article 216 TFUE, paragraphe 2 dispose simplement que « les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et ses États membres ». L'exigence de publication des accords internationaux ne peut dès lors en être déduite. À l'instar du système constitutionnel suisse où un traité non encore publié peut être invoqué comme moyen d'illégalité d'un comportement étatique, mais n'est pas opposable aux particuliers, (Christian DOMINICE, François VOEFFRAY, « Suisse », in Pierre-Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op. cit.*, p. 551) une clause générale de réception sans condition de publicité organise l'insertion du droit international en droit de l'Union, les entrées en vigueur objective et subjective des obligations conventionnelles s'y trouvent donc synchronisées (les entrées en vigueur objectives et subjectives d'un traité s'entendent respectivement de l'entrée en vigueur dans l'ordre juridique international et dans l'ordre juridique interne). Le droit de l'Union européenne se démarque sur ce point du droit français dans la mesure où la publication de l'accord international n'y constitue pas une condition *sine qua non* de l'insertion des accords internationaux au sein de son ordre juridique. En effet, la Cour de justice de l'Union affirme dans l'arrêt *Haegeman*, en une formule d'apparence antithétique, que l'accord d'Athènes est, « en ce qui concerne la Communauté, un acte pris par l'une des institutions de la Communauté [...] et] que les dispositions de l'accord forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique communautaire », (CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, 181/73, *Rec.* p. 459, pts. 4-5). Le paradoxe de cette formule réside dans les renvois simultanés à la doctrine de la transformation opérée par l'assimilation de l'accord international à un acte pris par les institutions, et à la doctrine de l'incorporation opérée par l'affirmation selon laquelle les accords internationaux forment partie intégrante de l'ordre juridique communautaire dès leur entrée en vigueur, (Jan KLABBERS, « International Law and Community Law : The Law and Politics of Direct Effect », *YB. Eur. L.*, 2002, p. 263). En réalité, l'assimilation du traité à un acte pris par les institutions ne témoigne pas d'une adhésion à la doctrine de la transformation, mais répond plus simplement à la nécessité de trouver une base juridique à la compétence de la Cour pour interpréter le droit conventionnel liant l'Union européenne, (V. Jean-Claude GAUTRON, Loïc GRARD,

réciprocité d'application des traités est enfin exigée par l'article 55 de la Constitution de 1958 et par la jurisprudence de la Cour de justice pour que ceux-ci puissent constituer des éléments de la légalité française et de l'Union européenne⁴³. En définitive, l'article 55 organise un mécanisme de réception semi-automatique des prescriptions conventionnelles dans l'ordre interne, favorable à la création du droit interne d'origine internationale, et donc à l'invocabilité des règles conventionnelles. La transformation du droit international s'opère encore plus simplement dans l'ordre juridique de l'Union, où celle-ci ne se trouve pas conditionnée à la publication des traités⁴⁴.

18. Il s'agit maintenant de dresser une typologie des accords internationaux réceptionnés dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne.

3) Typologie des accords réceptionnés

19. Trois catégories d'accords internationaux sont invoquées devant la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil d'État. Les accords internationaux conclus par les seules autorités Françaises, formellement réceptionnés dans l'ordre juridique français, sont invoqués devant le Conseil d'État (a). Les accords internationaux conclus par les seules institutions de l'Union européenne, formellement réceptionnés dans son ordre juridique, constituent également une source formelle du droit français en leur qualité d'élément de la légalité de l'Union. Ils peuvent par conséquent être invoqués devant la Cour de justice et le Conseil d'État (b). Les accords mixtes sont conjointement conclus par la France et l'Union européenne et réceptionnés dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. De la même manière que les accords conclus par les seules institutions de l'Union, ces instruments conventionnels peuvent être portés à la connaissance des juridictions de Paris et de

« Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, *op. cit.*, p. 107 ; et les analyses développées *infra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, B). La publication n'est donc pas un critère de la validité de l'accord international dans l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice affirmant la simultanéité de l'entrée en vigueur dans l'ordre juridique international et communautaire.

⁴³ Pour une étude du champ d'application matériel (devenu réduit) et des modalités d'examen de la condition de réciprocité, V. *infra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2, C (concernant la France), et § 3 (concernant l'Union européenne).

⁴⁴ Pour une présentation exhaustive de ces conditions d'entrée en vigueur de l'accord international dans l'ordre juridique français, V. *infra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2.

Luxembourg (c). Les engagements internationaux non réceptionnés dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne sont en revanche exclus du champ de cette étude (d).

a) *Les accords internationaux conclus par les seules autorités françaises*

20. Les accords internationaux ici qualifiés de purement français sont ceux des instruments conventionnels liant la France à des États ou des organisations internationales tiers, et auxquels l'Union européenne n'est pas partie. Leur réception dans l'ordre juridique français a été opérée dans l'ordre juridique français selon les prescriptions de l'article 55. Qu'il s'agisse d'accords bilatéraux conclus par l'État français, ou de traités intervenant dans un domaine ne relevant pas de la compétence de l'Union européenne, ces actes constituent une source formelle du droit français, tandis qu'ils sont étrangers au droit de l'Union. Partant, la Cour de justice n'est pas compétente pour interpréter ces accords liant les seuls États membres, de sorte que les principes régissant leur invocabilité sont librement déterminés par les juridictions françaises. Les accords purement français le plus fréquemment portés à la connaissance du Conseil d'État français sont les accords multilatéraux de protection des droits fondamentaux⁴⁵. À l'occasion de son avis 2/94, la Cour de justice des Communautés européennes a en effet récusé la compétence de l'Union européenne pour conclure ce type d'accords⁴⁶. L'article 6, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne (ci-après, TUE), qui attribue à l'Union européenne la compétence d'adhérer à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'y change rien puisqu'il dispose corollairement que « *cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ». En l'absence de tutelle de la Cour de justice, le Conseil d'État

⁴⁵ V. par exemple, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; la Charte sociale européenne ; les Conventions de Genève relatives au statut des réfugiés (Respectivement, convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, et convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; la Convention internationale des droits de l'enfant.

⁴⁶ La Cour a en effet jugé qu'« *aucune disposition du Traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine* ». L'Union européenne n'est donc pas titulaire d'un titre juridique, implicite ou explicite, pour conclure un accord externe dans le domaine des droits fondamentaux : CJCE, 28 mars 1996, *Avis relatif à l'Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/94, *Rec. p. I-1759*, pt. 27.

a produit une abondante jurisprudence dans laquelle il s'est attaché à dessiner les contours du régime de l'invocabilité de cette source formelle du droit français⁴⁷. La plus haute juridiction administrative a également bénéficié d'une pleine liberté pour se prononcer sur l'invocabilité des conventions bilatérales conclus par la France, par exemple en matière fiscale⁴⁸. Au contraire, lorsqu'un accord international est conclu par l'Union européenne dans son champ de compétence exclusive, il devient une source formelle de l'ordre juridique français sans pour autant que les organes juridictionnels relevant de cet ordre soient investis du pouvoir d'apprécier sa justiciabilité.

b) *Les accords internationaux conclus par les seules institutions de l'Union européenne*

21. Aux termes de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, « [l]es accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ». La Cour de justice en déduit dans son arrêt *Kupferberg* qu'« il incombe par conséquent aussi bien aux institutions communautaires qu'aux États membres d'assurer le respect des obligations découlant de tels accords »⁴⁹. Si bien que les accords externes régulièrement conclus⁵⁰ dans un champ de compétence exclusive de l'Union européenne constituent une source formelle d'obligations tant dans l'ordre juridique de l'Union, que dans ceux des États membres⁵¹. De surcroît, dès lors que la Cour de justice juge que ces obligations « forment partie intégrante de l'ordre

⁴⁷ V. par exemple, CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n°341533, *Leb.* p. 261 ; CE, assemblée, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, *Leb.* p. 142 ; CE, 19 mai 2010, *La Cimade et GISTI*, n°323758, *Tables Leb.* pp. 800, 801 ; CE, 21 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 293785, *Leb.* p. 374.

⁴⁸ La haute juridiction administrative a ainsi conféré un effet direct, et donc permis l'invocabilité des stipulations des conventions fiscales dont certains contribuables se sont prévalus devant son prétoire : CE, 24 avril 2012, *Société Abbey national treasury services*, n° 343709 ; CE, 17 mars 2010, *Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ De Roux*, n°315831, *Leb.* p. 72.

⁴⁹ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG*, 104/81, *Rec.* p. 3641, pt. 11.

⁵⁰ Les accords internationaux doivent être négociés et ratifiés dans les conditions définies à l'article 218 TFUE, V. *infra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2.

⁵¹ Iona CHEYNE, « International Instruments as a Source of Community Law », In Alan DASHWOOD, Christophe HILLION (dir.), *The general Law of E.C. External Relations*, Londres, Sweet and Maxwell, 2000, p. 257. Rasmussen HOLDGAARD souligne que le respect de l'obligation imposée par un accord purement communautaire par un État membre n'est pas seulement dû aux parties cocontractantes à l'accord, mais également à la Communauté elle-même, dans la mesure où elle assume la responsabilité de sa violation dans l'ordre international, (*External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV, European monographs, 2008, p. 179).

juridique communautaire »⁵², les règles constitutionnelles des États membres relatives au traitement de la norme conventionnelle ne peuvent être opposées à l'insertion des accords internationaux purement européens dans leur ordre juridique⁵³. Certains États membres, comme le Royaume-Uni ou l'Italie, sont ainsi tenus d'abandonner la doctrine de la transformation, au profit de la doctrine de l'incorporation lorsque l'Union européenne a fait usage de sa capacité de contracter des accords dans l'ordre international⁵⁴. En revanche, dès lors qu'ils ne sont pas formellement des parties à l'accord international, ils ne sont pas formellement liés par celui-ci dans l'ordre international⁵⁵. Par ailleurs, la doctrine de la succession a introduit une technique alternative de création d'accords internationaux purement communautaires⁵⁶. Elle n'a jusqu'à présent été appliquée qu'au GATT qui est devenu, suite à la jurisprudence *International Fruit*⁵⁷, un accord de ce type⁵⁸.

⁵² CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, préc., pt. 13.

⁵³ Ce phénomène, qui permet à ces normes conventionnelles d'échapper à toute forme de médiation constitutionnelle étatique pour intégrer l'ordre juridique des États membres, a été qualifié de mouvement d'« *unionisation* » du droit international, (V. par exemple, Ramses WESSEL, « Reconsidering the relationship between international and EU law : towards a content-based approach? », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 13 et 20 ; Bruno DE WITTE, « The emergence of a European system of public international law : the EU and its member States as strange subjects », in Jan WOUTERS, André NOLLKAEMPER, Erika DE WET (dir.), *The europeanisation of international law*, La Haye, T.M.C. Asser press, 2008, pp. 39-54).

⁵⁴ Franz MAYER écrit ainsi que lorsque l'Union a conclu un accord international dans un domaine relevant de sa compétence, « *the traditional approaches of the Member States for explaining the relationship between municipal law and public international law does not matter anymore* », (« European law as a door opener for public international law? », in *Droit international et diversité de cultures juridiques - international law and diversity of legal cultures*, Paris, Pedone, 2008, pp. 241-255 (253)). Traduction : « les approches traditionnelles retenues par les États membres pour expliquer la relation entre droit interne et droit international public n'ont plus d'importance ».

⁵⁵ Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 325.

⁵⁶ On emprunte ici la formule employée par Catherine FLAESH-MOUGIN, (« L'Union européenne élargie en tant qu'acteur sur la scène internationale : quelques réflexions institutionnelles », *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, pp. 59-78).

⁵⁷ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, 21 à 24/72, Rec. p. 1219.

⁵⁸ Les conditions à satisfaire pour que l'Union se substitue à ses États membres en tant que partie à un instrument conventionnel sont nombreuses : le transfert intégral des compétences au profit de la Communauté dans les matières régies par l'accord en question (l'Union européenne ne peut par exemple pas succéder à ses États membres en tant que partie contractante à la Convention MARPOL car elle n'est pas titulaire d'une compétence exclusive pour incriminer les actes de pollution maritime : CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State for Transport*, C-308/06, Rec. p. I-4057, pt. 48 ; de même, l'Union ne peut pas succéder à ses États membres en tant que partie contractante à la Convention de Chicago de 1944, car elle n'est pas titulaire d'une compétence externe exclusive dans le domaine du droit de l'aviation civile internationale : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, Rec. p. I-13755, pt. 69) ; l'expression de la volonté des États membres de respecter leurs engagements issus de cet accord lors de la présentation de l'accord en cause aux autres parties contractantes ; l'expression de la volonté des États membres de lier la Communauté par l'accord en cause, les institutions communautaires ayant effectivement agi dans le cadre de l'accord, et les autres parties

22. L'accord international purement communautaire crée donc des obligations formelles à charge de l'Union européenne et de ses États membres. Mais l'appréciation de son invocabilité relève de la compétence exclusive de la Cour de justice, qui peut par ce moyen garantir l'uniformité de son application dans l'espace juridique européen⁵⁹.

c) *Les accords internationaux mixtes (conclus par l'Union européenne et la France)*

23. L'Union européenne et ses États membres sont conjointement des parties contractantes aux accords mixtes, qui les lient par conséquent dans l'ordre international. Les accords mixtes font dans leur ensemble partie intégrante l'ordre juridique de l'Union européenne⁶⁰. Leurs stipulations constituent une source formelle du droit de l'Union européenne, indépendamment de leur insertion dans un champ de compétence de l'Union⁶¹. De même, les accords mixtes sont des sources formelles d'obligations pour les États membres de l'Union européenne. Lorsqu'elles relèvent d'un domaine de compétence de l'Union, ces obligations s'imposent aux membres, au titre de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE. En d'autres termes, et pour reprendre les termes de la jurisprudence *Kupferberg*, c'est parce que la règle conventionnelle en cause forme « *partie intégrante de l'ordre juridique communautaire* »⁶² qu'elle contraint l'État membre. Lorsqu'elles sortent du champ d'application de l'Union, les obligations créées

contractantes ayant reconnu les transferts de compétences opérés par les États membres au profit de la Communauté. Pour une analyse exhaustive de la doctrine de la succession développée par la Cour de justice dans le cadre des jurisprudences *International Fruit*, *Intertanko* et *ATAA*, V. Koen Lenaerts, « Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (49-53).

⁵⁹ La Cour dégage la nécessité du monopole de sa compétence pour interpréter les accords OMC de la nécessité « *d'assurer leur application uniforme* » : CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre Allemagne*, C-61/94, *Rec. p. I-3989*, pt. 16 ; V. Jiří MALENOVSKÝ, « La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga trentenaire de la domestication du droit international public », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 27-59 (46).

⁶⁰ CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Produtos farmaceuticos contre Merck & Co. Inc.*, C-431/05, *Rec. p. 7001*, pt. 31.

⁶¹ L'accès au rang de source formelle du droit de l'Union des stipulations conventionnelles sortant du champ de compétences de l'Union s'explique par l'obligation de loyauté qui impose aux États membres de ne pas compromettre la réalisation des objectifs de l'Union européenne et de faciliter l'accomplissement de ses missions. Parmi celles-ci figure la représentation unitaire des intérêts des États membres et de l'Union dans l'ordre international. Or, l'uniformité d'application, qui n'est permise que si l'obligation conventionnelle est considérée comme partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne, garantit précisément l'efficacité de cette unité de représentation dans l'ordre international, (V. Eleftheria NEFRAMI, « Mixed Agreements as a Source of European Union Law », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL, (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, pp. 325-349 (345-346))

⁶² CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, préc., pt. 11.

par un accord mixte produisent les effets que lui attribuent les règles constitutionnelles et jurisprudentielles des États membres. Pour ce qui concerne l'ordre juridique français, c'est donc naturellement l'article 55 qui érige ces règles au rang d'obligation formelle s'imposant aux autorités normatives législatives et infra-législatives.

24. La juridiction compétente pour apprécier l'invocabilité des stipulations des accords mixtes est déterminée par le domaine dans lequel celles-ci trouvent à s'appliquer⁶³. L'invocabilité des stipulations relevant « *d'un domaine largement couvert* »⁶⁴ par le droit de l'Union européenne est appréciée par la Cour de justice de l'Union européenne. Les juridictions des États membres ont en revanche le pouvoir de se prononcer sur l'invocabilité des stipulations entrant dans un champ de compétence partagée dans lequel les institutions de l'Union n'ont encore pas légiféré.

d) Exclusion des accords internationaux auxquels la France et l'Union européenne sont tierces

25. Les accords internationaux conclus par les seuls États membres exercent une influence matérielle sur le droit de l'Union européenne, sans pour autant en constituer une source formelle. La Cour de justice a régulièrement puisé dans les normes qu'ils véhiculent une source d'inspiration pour la création de nombreux principes généraux de protection des droits fondamentaux⁶⁵. Le droit dérivé de l'Union est en outre régulièrement interprété en conformité avec leurs prescriptions, de manière à éviter que l'application du droit de l'Union

⁶³ Pour une analyse exhaustive des règles de répartition de la compétence d'appréciation de l'invocabilité des accords mixtes entre la Cour de justice et les juridictions des États membres, V. *infra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁶⁴ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, C-240/09, *Rec. p. I-1255*, pt. 36.

⁶⁵ Affirmation du principe selon lequel les conventions internationales de protection des droits de l'Homme constituent une source d'influence pour la création de principes généraux du droit par la Cour de justice : CJCE, 14 mai 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, 04/73, *Rec. p. 493*. Application du principe à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili contre ministre de l'intérieur*, 36/75, *Rec. p. 1219* ; application du principe aux résolutions de l'Organisation internationale du travail et de la Charte sociale européenne : CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 43/75, *Rec. p. 455* ; application au Pacte international des droits civils et politiques : CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission*, C-374/87, *Rec. p. 3343* ; à ce sujet, V. Frédéric SUDRE, « L'apport du droit international et européen à la protection des droits fondamentaux », in *le droit international dans la construction de l'Union européenne: droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, op. cit., pp. 169-193.

par les États membres ne les contraignent à violer leurs obligations conventionnelles⁶⁶. L'emprise exercée par ces conventions sur la substance des normes unionnaires apparaît par conséquent de grande ampleur⁶⁷, mais elle ne leur confère pas pour autant une existence formelle dans l'ordre juridique de l'Union. Le traitement juridictionnel de ces instruments conventionnels par la Cour de justice sort donc de l'objet de cette thèse qui étudie l'invocabilité des accords internationaux formellement réceptionnés par son ordre juridique.

26. En revanche, lorsque la France est partie à ces traités, la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'invocabilité de ces accords non conclus par l'Union est analysée⁶⁸. De même, les accords internationaux conclus par les seules institutions de l'Union constituent une source formelle de l'ordre juridique français, alors même que la France n'est pas une partie contractante⁶⁹. De sorte que les principes régissant leur invocabilité dans l'ordre juridique français, qui sont déterminés par la Cour de justice de l'Union, sont analysés dans cette thèse. Si bien que, concernant la jurisprudence du Conseil d'État, seul le traitement juridictionnel des traités auxquels la France et l'Union européenne ne sont pas parties se situe hors de notre champ d'étude⁷⁰.

27. L'examen de l'écran constitutionnel des ordres juridiques français et de l'Union témoigne de leur ouverture commune à la source conventionnelle internationale, marquée par

⁶⁶ Interprétation du droit dérivé à la lumière de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction : CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale contre Xavier Tridon*, C-510/99, *Rec. p.* I-7777 ; Interprétation à la lumière de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion : CJCE, 6 février 2003, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) contre Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*, C-245/00, *Rec. p.* I-1251 ; CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, C-135/10, *pub. Rec. num.* ; interprétation à la lumière de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires de 1973 (Marpol) : CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. contre Secretary of State for Transport*, préc. Concernant la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 52, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux crée un impératif d'interprétation conforme : « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants 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 la Convention ». Toutefois, cette exigence « ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

⁶⁷ Deux thèses ont récemment analysé cet objet d'étude : Magdalena LICKOVA, *La dynamique de la complexité en matière de relations extérieures des États membres de l'Union européenne*, Thèse, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2013, 704 p. ; Oana MACOVEI, *L'Union européenne, tiers aux conventions des États membres*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, 714 p.

⁶⁸ Il s'agit alors d'un accord qualifié de purement français, V. *supra*, ce 3), a).

⁶⁹ Il s'agit alors d'un accord qualifié de purement unionnaire, V. *supra*, ce 3), b).

⁷⁰ En toute hypothèse, la haute juridiction administrative a dénié toute forme d'invocabilité aux accords internationaux non ratifiés par la France. Elle a en effet jugé que « la charte européenne des langues régionales ou minoritaires, adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 22 juin 1992, n'avait pas été ratifiée par la France, à la date du décret contesté et ne peut par suite être utilement invoquée à l'encontre de celui-ci » : CE, 30 juillet 1997, *Association culture et bilinguisme d'Alsace et de Moselle*, n° 181151, inédit.

leur adhésion à la doctrine de l'incorporation⁷¹. L'invocation des prescriptions conventionnelles devant leurs juridictions s'en trouve simplifiée dès lors que leur réception dans l'ordre interne n'est pas conditionnée à l'édiction d'un acte législatif de transformation. L'application juridictionnelle des normes d'origine internationale n'est pourtant pas automatique dans ces ordres juridiques. Elle dépend en effet du sort que réservent les juridictions internes à leur invocabilité⁷². Les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de justice sont ainsi étudiées afin de déterminer les cas dans lesquels les violations par les autorités normatives de la France et de l'Union européenne peuvent être juridictionnellement sanctionnées.

B. Champ contentieux de l'étude : la jurisprudence des juridictions gardiennes de la légalité

28. La comparaison du traitement juridictionnel de l'invocabilité des accords internationaux n'est pertinente qu'à la condition que les juges dont la jurisprudence est examinée exercent un rôle analogue. La jurisprudence des juridictions gardiennes de la légalité française et de l'Union européenne – la Cour de justice et le Conseil d'État, qui contrôlent le respect par les autorités normatives de la règle de hiérarchie attribuant leur primauté aux règles conventionnelles⁷³ – constitue le champ contentieux de cette étude. En revanche, les juridictions judiciaires ne sont pas des gardiennes de la légalité française. Leur rôle réside avant tout dans la protection des droits subjectifs des personnes privées, comme en atteste la subordination de la recevabilité des actions judiciaires à la prétention de la violation

⁷¹ Cette perméabilité constitutionnelle contraste nettement avec l'hermétisme de la jurisprudence française et communautaire à l'égard de la source internationale. Les rigueurs du filtre que constitue l'examen de l'effet direct des prescriptions conventionnelles par les juges s'impose en effet comme le premier frein à leur effectivité dans l'ordre interne. Pour un examen approfondi de ce filtre, V. *infra*, ce chapitre, section 2.

⁷² Benedetto CONFORTI relève que « le rôle véritablement juridique du droit international se joue justement dans les ordres juridiques étatiques. La solution du caractère obligatoire du droit international, ou mieux de sa capacité de recevoir une mise en œuvre concrète et stable, ne peut que passer par ceux que l'on peut appeler les "opérateurs juridiques externes", c'est-à-dire ceux qui, au sein de chaque communauté étatique, ont institutionnellement la tâche d'appliquer et de faire respecter le droit, en premier lieu les juges », (« Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1988, pp. 25-26) ; V. également, Harold KOH, « Why do Nations obey International Law? », *Yale LJ*, 1997, pp. 2599-2659.

⁷³ Pour une analyse exhaustive de cette règle de hiérarchie, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section préliminaire.

de l'un de leurs droits substantiels⁷⁴. En outre, les décisions prononcées dans le cadre des litiges horizontaux portés à la connaissance du juge judiciaire emportent la sanction des comportements illicites d'une personne privée⁷⁵. Son invocation a alors pour finalité de créer une obligation à charge de l'auteur de l'illicéité qui soit susceptible de servir la cause de la partie qui en est victime⁷⁶. Les finalités des actions engagées devant ces juridictions se distinguent donc dans une trop large mesure de celles portées à la connaissance de la Cour de justice et du Conseil d'État français, pour que l'application des accords internationaux y soit

⁷⁴ Henri MOTULSKY a ainsi démontré la nature subjective des contentieux tranchés par le juge judiciaire, partant du constat qu'ils tendent à garantir le respect des droits substantiels des requérants. Celui qui engage une action en justice doit, pour être recevable à agir, prétendre être titulaire d'un droit substantiel dont la réalité de la violation est examinée au fond. Il désigne le contentieux de la légalité comme le seul contentieux objectif, et retient que « *la vocation normale de l'action en justice [...] est de protéger les droits substantiels* », (« Le droit subjectif et l'action en justice, *Arch. ph. dr.*, Sirey, 1964, pp. 215-230 (223-224)). Carine LAURENT-BOUTOT en tire les conséquences, concernant les conditions d'invocabilité du droit conventionnel devant les juridictions judiciaires, en affirmant que « *[c]ontrairement au contentieux objectif relevant de la compétence des juridictions administratives, les litiges judiciaires supposent un intérêt à agir, dans le but de préserver un droit subjectif. Par conséquent, les hypothèses où la simple éviction permettra au juge de trancher la cause semblent marginales car, dans la plupart des cas, le justiciable s'appuie sur un texte conventionnel protecteur des droits de l'Homme car il ne trouve pas, au sein du droit interne, le fondement juridique lui permettant de garantir son intérêt propre* », (« La justiciabilité des droits sociaux de l'Homme devant la Cour de cassation », *R.R.J.*, 2010, pp. 1269-1285 (1281-1282) ; V. également, du même auteur, *La Cour de cassation face aux traités internationaux de protection des droits de l'Homme*, thèse, Université de Limoges, 2006, pp. 121-124). Dans le même ordre d'idées, Arne VAENDALE et Erik CLAES remarquent que « *la question de savoir si de la disposition d'un traité naissent des droits subjectifs, reste certes pertinente d'un point de vue de la procédure (mais uniquement à ce niveau). Pour les cours et tribunaux du pouvoir judiciaire – entendu au sens strict du terme – il demeure en effet nécessaire que le plaignant invoque la violation d'un droit subjectif pour que l'affaire soit recevable...* », (« L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie axée sur les droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 2001, pp. 411-491 (427)).

⁷⁵ Cela n'est pas le cas dans les litiges verticaux, à l'occasion desquels les juridictions judiciaires apprécient la légalité de certains actes administratifs susceptibles de porter atteinte aux droits subjectifs de personnes privées, (pour un aperçu de ces titres de compétence, V. Jean-Louis GALLET, « Juge judiciaire et droit administratif », *A.J.D.A.*, 2013, pp. 391-395 ; Josette STILLMUNKES, « Compétence des juridictions judiciaires à l'égard des actes administratifs », *jscl. Administratif*, fasc. 1056, 2011).

⁷⁶ Carine LAURENT-BOUTOT relève que par exception, la consécration de l'invocabilité d'exclusion serait bienvenue dans le cadre de certains litiges portés à la connaissance du juge judiciaire. Il s'agit des litiges que la simple inapplication de la norme étatique inconventionnelle permettrait de trancher. Par exemple, dans l'affaire *Eichenlaub* (Cass. soc., 16 décembre 2008, *Eichenlaub contre Axia France*, n°05-40876), la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur la validité du licenciement sans contrepartie financière d'un salarié par une entreprise privée. L'absence de contrepartie financière était permise par l'article 75, alinéa 3 du Code mosellan lorsque la rupture du contrat de travail résulte d'une faute grave. Cette faculté ouverte aux employeurs reste toutefois une *lex specialis*, dans la mesure où l'article 74 du même Code crée un droit subjectif à l'indemnisation en cas de licenciement. De sorte que la simple éviction de l'article 75, alinéa 3 au motif de sa contrariété à l'article 6, § 1 PIDESC (« *Les États Parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit* »), permettrait de trancher la cause, en jugeant l'absence de contrepartie financière querellée contraire à l'article 74 du Code mosellan. Bien que convaincant sur le plan logique, ce raisonnement ne prend pas suffisamment en considération la conséquence de l'éviction de la règle interne, à savoir la création d'une obligation (ici d'indemnisation) dans le patrimoine juridique du défendeur. Si bien que l'application d'une norme conventionnelle non créatrice de droit est susceptible d'être la cause de la création d'une obligation dans le chef d'une personne privée, ce qui ne saurait se concilier avec le principe de sécurité juridique. V. par analogie, les développements dédiés aux litiges triangulaires portés à la connaissance du Conseil d'État, *infra*, partie 1, Titre 2, chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2), a).

sollicitée dans une perspective analogue. Par conséquent, la jurisprudence des juridictions judiciaires est exclue du champ contentieux de cette étude.

29. L'étude des conditions d'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'État exige en préalable l'identification et la mise en perspective de leurs fonctions juridictionnelles. Il convient en effet de vérifier la similitude des rôles attribués aux juridictions de Paris et de Luxembourg, pour démontrer l'opportunité de procéder à l'analyse comparée du traitement qu'elles réservent à la norme conventionnelle. En premier lieu, la nature de la Cour de justice peut être assimilée à une juridiction étatique, comparable au Conseil d'État français, dans la mesure où elle agit en qualité de « *juge interne de la Communauté* »⁷⁷. Ensuite, les fonctions constitutionnelle (1), administrative (2) et internationale (3) dont s'acquittent la Cour de justice et le Conseil d'État révèlent une analogie de leur office qui justifie une analyse comparée du traitement qu'elles réservent à la norme conventionnelle.

1) Justice constitutionnelle et invocation du droit conventionnel

30. Le Conseil d'État français comme la Cour de justice ont en commun de ne pas être « nés » juridictions constitutionnelles. Mais les évolutions de leur ordre juridique d'appartenance ont provoqué une mutation de leur office et permis l'émergence de leur rôle constitutionnel. Les juridictions de Paris et de Luxembourg exercent un office para-constitutionnel en appréciant la conformité des actes législatifs aux accords internationaux liant la France et l'Union. La Cour de justice exerce en outre une fonction de régulation du droit des États membres qui est usuellement attribuée aux juridictions suprêmes des États fédéraux. Dans le cadre de cet office, la juridiction de l'Union contrôle la conformité des actes juridiques des États membres aux obligations conventionnelles qui s'imposent à eux, ainsi qu'à l'Union européenne. Il convient donc de présenter ces fonctions constitutionnelles du

⁷⁷ Maurice LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes. Du plan Schumann à l'Union européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse, La construction européenne, vol. 2 : La construction européenne*, éditions labor, 1979, pp. 127-135 (128) ; Abdelkhaleq BERRAMDANE, « La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques », in *Union de droit, union des droits, mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 227- 244 (227) ; Antonio TIZZANO, « Note sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne », *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, op. cit.*, pp. 223-244 (223).

Conseil d'État (a) et de la Cour de justice (b) dont l'exercice donne lieu à un contrôle de conventionnalité des produits juridiques français et de l'Union européenne.

a) *Le Conseil d'État français, juridiction constitutionnelle*

31. L'attribution de certains pouvoirs au Conseil d'État lui a permis de devenir un acteur de la justice constitutionnelle française. Il convient de distinguer ceux de ces pouvoirs qui entrent dans le champ de cette étude (i) de ceux qui en sont exclus (ii).

i) Fonction constitutionnelle entrant dans le champ de l'étude

32. À l'occasion de son très célèbre arrêt *Nicolo*⁷⁸, le Conseil d'État a accepté de subordonner l'applicabilité de la loi à sa conformité à l'article 55 de la Constitution⁷⁹ et, *ipso jure*, au bloc de conventionnalité⁸⁰. C'est ainsi qu'a été amorcée « *une évolution vers le contentieux de la constitutionnalité par le biais de ce que l'on dénomme le "contrôle de conventionnalité"* »⁸¹. Cette assimilation des contrôles est permise par l'équivalence normative des blocs de conventionnalité et de constitutionnalité⁸². L'analogie des

⁷⁸ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Leb.* p. 190.

⁷⁹ L'article 55 est en effet violé par la loi inconstitutionnelle dans la mesure où il établit une règle de hiérarchie interdisant une telle inconstitutionnalité. Bruno GENEVOIS le met en évidence en présentant le raisonnement qui conduisait la Conseil d'État à récuser sa compétence pour juger de la conventionnalité des lois avant l'arrêt *Nicolo* : « *il estimait qu'en faisant prévaloir [...] le traité, il porterait une appréciation sur la constitutionnalité de la loi. La constatation de la contrariété mettant en évidence la méconnaissance par le législateur de la hiérarchie des normes découlant de l'article 55* », (« Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in Guillaume DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 31-56 (40)).

⁸⁰ Pour une analyse approfondie du rang hiérarchique du droit conventionnel dans l'ordre juridique français, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section préliminaire, § 1.

⁸¹ Guy BRAIBANT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 185-192 (185).

⁸² Denys DE BECHILLON relève que le bloc de conventionnalité est formé d'« *un ensemble de normes dont la teneur est pour l'essentiel, identique à celles des règles comprises dans la bloc de constitutionnalité* », (« De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 225-244 (226)) ; cette équivalence est renforcée par le principe de cohérence interprétative des normes conventionnelles et constitutionnelles garantissant les mêmes droits. Ce principe est présenté par Bruno GENEVOIS en ces termes : « *dans le cas où le droit matériel en cause est garanti aussi bien par la Constitution que par la convention internationale, le Conseil d'État cherche à ne pas s'éloigner de l'interprétation donnée de la loi avant sa promulgation par le Conseil constitutionnel, comme cela s'est vérifié*

prescriptions constitutionnelles et conventionnelles permet en effet au Conseil d'État d'utiliser la norme conventionnelle « *comme une norme de substitution de la norme constitutionnelle* »⁸³, de sorte que, selon les mots du vice-président Braibant, « [l]e contrôle de conventionnalité véhicule ainsi un contrôle de constitutionnalité qui ne dit pas son nom »⁸⁴. Et l'exercice de ce contrôle conduit le Conseil d'État à se prononcer sur l'invocabilité de règles conventionnelles que les justiciables estiment violées par une loi⁸⁵.

ii) Fonctions constitutionnelles sortant du champ de l'étude

33. Le Conseil d'État opère formellement un contrôle de constitutionnalité des lois antérieures à la Constitution de 1958. Dans un arrêt *Syndicat national des huissiers de justice*, le Conseil d'État a ainsi écarté l'application de la loi de 1945 relative au statut des huissiers de justice au motif de son incompatibilité avec l'alinéa 6 du préambule de 1946⁸⁶. Certains auteurs ont considéré qu'il ne s'agissait que d'une application des critères temporels de

en particulier à propos de la loi sur l'IVG... », (« Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in Guillaume DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation, op. cit.*, p. 41). Bernard STIRN constatait cette équivalence normative lorsqu'il relevait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Confédération nationale des associations familiales catholiques* du 21 décembre 1990, que « l'article 2 de la Convention européenne ne fait en vérité que rappeler les principes déjà reconnus au niveau constitutionnel dans les États signataires. Il constitue moins une mesure nouvelle que l'expression de valeurs communes », (« La compatibilité de la législation française sur l'interruption volontaire de grossesse avec la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sur CE, ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques, R.F.D.A.*, 1990, pp. 1065-1077).

⁸³ Bertrand MATHIEU, « Le Conseil d'État, juge de la constitutionnalité des lois. Entre description et prospection », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 753-762 (757). Cette pratique de la substitution normative est manifeste à l'examen de la jurisprudence relative aux validations législatives. Le recours aux lois de validation est susceptible de violer le droit au procès équitable, également prohibé par la Constitution (articles 6 et 16 DDHC) et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (6, § 1). Le commissaire du gouvernement Catherine BERGEAL a invité le Conseil d'État à exercer sur les lois de validation, « *par la voie de l'exception d'inconventionnalité le même contrôle* que celui que le Conseil constitutionnel aurait exercé... », (« Conformité d'une loi de validation au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sur CE, Ass, 5 décembre 1997, *Mme Lambert, A.J.D.A.*, 1998, pp. 149-157 (153), nous soulignons). Ces conclusions furent suivies par le Conseil d'État qui a jugé que l'État ne pouvait pas « *porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant des mesures législatives à portée rétroactive dont la conséquence est une modification des règles que le juge doit appliquer pour statuer sur les litiges dans lesquels l'État est partie* » : CE, ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert, Leb.* p. 460.

⁸⁴ Guy BRAIBANT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, op. cit.*, p. 190.

⁸⁵ CE, 7 juin 2006, *Association AIDES*, n°285576, *Leb.* p. 282.

⁸⁶ CE, ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, n°259584, *Leb.* p. 570.

résolution des antinomies normatives⁸⁷, mais il apparaît qu'il n'existe pas « *de différences irréductibles entre l'opération conduisant au constat de l'abrogation implicite de la loi par la Constitution et le contrôle de constitutionnalité de la loi, lequel ne désigne rien d'autre que la confrontation de la loi à la Constitution* »⁸⁸. En troisième lieu, le Conseil d'État a le pouvoir d'apprécier le caractère sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont transmises par les juridictions inférieures. Il dispose d'une certaine marge de d'appréciation dans l'examen de ce critère de recevabilité, si bien qu'il s'immisce de fait dans le contrôle de constitutionnalité des lois⁸⁹. Selon Pierre Delvolvé, ce nouveau pouvoir de régulation du contrôle de constitutionnalité, induit une évolution de la fonction de la plus haute juridiction administrative : « *[f]ondamentalement juge administratif, il devient pour partie juge constitutionnel* »⁹⁰.

34. Cette sentence résume bien l'évolution de la fonction juridictionnelle assumée par le Conseil d'État français. Initialement juge de l'acte administratif, il se révèle aujourd'hui partiellement juge de la loi. L'office de la Cour de justice a connu une mutation équivalente, mais les causes de celle-ci ne sont pas identiques.

⁸⁷ Bertrand MATHIEU considère que « *ce contrôle ne procède pas du principe de la lex superior mais de celui de la lex anterior. Ce contrôle ne consisterait ainsi pas en un contrôle de constitutionnalité, mais serait inhérent à la fonction juridictionnelle* », (« Le Conseil d'État, juge de la constitutionnalité des lois. Entre description et prospection », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, op. cit., p. 756).

⁸⁸ Elise CARPENTIER, Jérôme TREMEAU, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 553-579 (560).

⁸⁹ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge de la constitutionnalité des lois », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 691-710 ; Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI relève que le critère relatif au caractère sérieux de la demande « *laisse au juge du filtre une ample marge d'appréciation. Les juridictions suprêmes se sont saisies de cette opportunité pour pratiquer ouvertement, aux côtés du Conseil constitutionnel, un véritable contrôle de constitutionnalité. Cette fonction est pleinement assumée par le Conseil d'État qui la pratique de manière décomplexée* », (« Le filtre opéré par le Conseil d'État », in *La QPC vue du droit comparé. Le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie*, Mission de recherche droit et justice, 2013, disponible sur internet : http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/93/42/33/PDF/MFRSLe_filtre_exercA_par_le_Conseil_da_Etat.pdf, p. 4). Le Conseil d'État n'a toutefois pas fait un usage abusif de cette compétence, admettant avec une certaine souplesse le caractère sérieux de la question de constitutionnalité qui lui est transmise. 79% des lois examinées par le Conseil constitutionnel à titre préjudiciel en 2011 ont ainsi été jugées conformes à la Constitution, (V. Philippe YOLKA, « Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand, Libre propos », *J.C.P. A*, 14 mars 2011, pp. 2-3).

⁹⁰ Pierre DELVOLVÉ, « Conseil d'État », *Répertoire Dalloz contentieux administratif*, juin 2012, pt. 380.

b) *La Cour de justice, juridiction constitutionnelle*

35. La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas explicitement désignée comme étant une juridiction constitutionnelle dans le Traité de Lisbonne. C'est la naissance du droit constitutionnel de l'Union européenne qui a permis l'émergence de l'office constitutionnel de la Cour de justice. Si bien qu'une approche formaliste de la notion de constitution, indéfectiblement liée à l'institution étatique, exclut *ab initio* la possibilité de reconnaître à la Cour de justice une aptitude à l'exercice d'un rôle constitutionnel. Autrement dit, si l'Union européenne est considérée comme n'étant pas dotée d'une constitution, elle ne peut logiquement prétendre à l'existence d'une juridiction constitutionnelle dans son architecture institutionnelle⁹¹. Cette approche étatiste de la notion de constitution n'est toutefois pas retenue dans cette thèse. La régularité avec laquelle la Cour de justice invoque la nature constitutionnelle du droit primaire incite en effet à rompre avec la lecture stato-centrée de la notion de constitution⁹². En outre, la doctrine a su démontrer, en recourant à des analyses analogique, ou ontologique, que les Traités institutifs forment un véritable droit

⁹¹ Tel est le point de vue défendu par Francis DELPEREE : « *Qu'est-ce qu'une Cour constitutionnelle sans Constitution ? Une cour constitutionnelle examine toute chose "au regard de la Constitution". Elle commente celle-ci. Elle l'interprète. Dans une large mesure, elle lui donne vie. Elle prolonge et adapte l'œuvre constitutionnelle. Comment la Cour de justice pourrait-elle remplir cette fonction éminente alors que l'Union européenne ne dispose pas de Constitution, ne détient pas le pouvoir constituant et ne peut pas déterminer, si ce n'est pas convention, le statut des gouvernés et des gouvernants ?* », (*Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 99 ; V. également le propos de Louis Favoreu, in Louis FAVOREU, Henri OBERDORFF, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *R.M.C.U.E.*, 2000, pp. 94-99 ; « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 35-45). Olivier BEAUD trouve chez Hegel les sources de la lecture ontologiquement étatique de la constitution. Elle fut par la suite relayée par Carl Schmitt : « *Schmitt défend [...] l'idée d'une constitution comme un être (Sein) politique de l'État et s'oppose donc à l'autre conception de la constitution comme devoir-être (Sollen) de l'État. [...] Cette tradition remonte à Hegel dont la notion de constitution équivaut à l'idée de la structure politico-sociale telle qu'elle est incarnée par l'État. Elle se confond avec la constitution du peuple puisque l'État est cette institution suprapersonnelle qui fait du peuple un tout organique* », (« Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, rééd., Paris, PUF, 1993, p. 77).

⁹² La Cour de justice qualifie les Traités institutifs de textes constitutionnels, jugeant que « [l]a communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité » : CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste les Verts contre Parlement européen*, 294/83, *Rec.* p. 1339, pt. 23 ; dans son avis 1/91, la Cour de justice énonce dans le même sens que « le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit » : CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la communauté, d'une part, et les pays de l'association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'espace économique européen*, avis 1/91, *Rec.* p. I-6079, pt. 17 ; plus récemment, neuf références à la nature constitutionnelle du droit primaire des Communautés européennes sont opérées dans l'arrêt *Kadi* : CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, préc., pts. 81, 202, 276, 281, 283, 285, 290, 316 et 335.

constitutionnel de l'Union européenne⁹³. Le droit primaire entendu comme Constitution, il convient d'identifier les fonctions constitutionnelles de la Cour de justice.

i) Fonction constitutionnelle entrant dans le champ de l'étude

36. La compétence de la Cour de justice pour se prononcer sur la conformité des actes législatifs de l'Union européenne au droit primaire et aux accords internationaux liant l'Union relève de la justice constitutionnelle⁹⁴. Un grand nombre d'arrêts précisant les contours du régime de l'invocabilité des accords internationaux contre les actes juridiques de l'Union européenne⁹⁵ ont été prononcés dans le cadre de la procédure qui constitue le creuset de l'exercice de cette justice, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité⁹⁶. Cela explique

⁹³ Hugo FLAVIER relève que les matières régies par les droits constitutionnels étatiques et le droit primaire de l'Union sont analogues. Il cite, parmi ces objets constitutionnels, « *la garantie des droits fondamentaux, le respect du principe de séparation des pouvoirs, une répartition des compétences entre le niveau européen et le niveau national – répartition d'essence fédérale –, une citoyenneté européenne, un monopole juridictionnel ou encore un Parlement européen élu au suffrage universel direct* », (*La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 22 ; V. également, Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, institut d'études européennes, 1997, pp. 325-395). Mais l'auteur souligne ensuite l'hétéronomie de la nature des organisations politiques auquel ce droit s'applique, et l'opportunité conséquente de développer un droit constitutionnel en mesure de « *caractériser positivement les éléments constitutifs de la nature de l'Union européenne* », (*ibid.*, p. 24). Les travaux de Ingolf PERNICE ont une réelle utilité à cet égard. Ils ont mis en évidence les singularités du droit constitutionnel européen, qui procède dans une large mesure de son caractère « multi-niveaux » : « *multilevel constitutionalism is based on the assumptions that the Contrat Social, developed by Rousseau, does not necessarily lead to one unitary State, and that the notion of Constitution is not necessarily bound to a rigid concept of the State* », (« *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution making revisited* », *CML Rev.*, 1999, pp. 703-750 (709) ; « *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action* », *CJEL*, 2009, pp. 348-407). Traduction : « Le constitutionnalisme multi-niveaux est fondé sur la prémisse que le *Contrat social*, développé par Rousseau, ne conduit pas nécessairement à l'État unitaire, et que la notion de Constitution n'est pas irréductiblement liée au concept rigide d'État ».

⁹⁴ Guy ISAAC et Marc BLANQUET relèvent la Cour de justice « *s'apparente [...] à une juridiction constitutionnelle en sanctionnant la conformité au droit des actes normatifs du Conseil et du couple Conseil-Parlement européen qui sont, matériellement, des actes de législation* », (*Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, p. 488 ; V. également, Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, p. 484).

⁹⁵ V. à titre d'exemples : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. Contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, Rec. p. I-13755 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State for Transport*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport*, C-344/04, Rec. p. I-403.

⁹⁶ Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité donne lieu « *un contrôle de nature constitutionnelle* », (Henri LABAYLE, Rostane MEHDI, « *Le Conseil d'État et la protection communautaire des droits fondamentaux* », Observations sur l'arrêt *Conseil national des barreaux* (Conseil d'État, 10 avril 2008), *R.F.D.A.*, 2008, pp. 711-720 (714)). Cette procédure a d'ailleurs été assimilée aux mécanismes « *qui permettent aux juridictions*

que cette première fonction constitutionnelle de la Cour constitue un important support d'analyse dans cette thèse. Ensuite, le renvoi préjudiciel en interprétation, qui permet de garantir l'application uniforme du droit de l'Union par le jugement de non-conformité des droits étatiques aux règles qui le composent, relève également de la justice constitutionnelle⁹⁷. Le régime de l'invocabilité des accords internationaux purement communautaires et mixtes dans les actions en contestation de la conventionnalité des actes juridiques des États membres initiées devant leurs juridictions nationales a ainsi dans une large mesure été défini dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation⁹⁸. Enfin, la doctrine est partagée sur la question de la nature du contentieux généré par les recours en manquement engagés par la Commission. Il est certes possible d'appréhender la Cour, saisie sur la base de l'article 258, comme « *une juridiction internationale* », dans la mesure où elle est appelée à « *apprécier le comportement des États membres vis-à-vis de leurs obligations communautaires, et plus précisément de condamner leurs manquements* »⁹⁹. Mais la juridiction de l'Union se prononce sur la compatibilité des actes juridiques des États membres avec la Charte constitutive de l'Union et les actes juridiques qui en dérivent, il apparaît donc que son office « *se rapproche de la fonction traditionnellement reconnue aux cours suprêmes des États fédéraux plus que de*

allemandes d'interroger la Cour constitutionnelle sur la conformité de la loi à la Constitution », (Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Monchrestien, 1997, p. 31). Le contrôle de constitutionnalité qu'elle occasionne est exclusivement exercé par la Cour de justice. Ainsi, le président Gil Carlos Rodriguez IGLESIAS a affirmé que, même si le contrôle des actes de portée individuelle a été intégré à l'office du Tribunal de première instance (actuel Tribunal de l'Union européenne), l'architecture juridictionnelle de l'Union exige que « *le contrôle des actes normatifs à caractère général, [...] en tant que contrôle de nature constitutionnelle, [demeure] de la compétence de la Cour* ». (« Allocution du président de la Cour de justice. Monsieur Gil Carlos Rodriguez Iglesias », *Le tribunal de première instance des Communautés européennes 1989-1999. Actes du colloque organisé à l'occasion du dixième anniversaire du Tribunal de première instance des Communautés européennes le 19 octobre 1999*, Luxembourg, Office des Publications officielles de la Cour de justice des Communautés européennes, 2000, pp. 8-9 (8)). Il convient de préciser que le Tribunal de l'Union européenne opère tout de même « *un contrôle juridictionnel des actes de portée générale [...] dans le cadre des exceptions d'illégalité* », le rôle constitutionnel de la Cour étant alors « *préservé du fait de sa qualité de juridiction d'appel* » : Francis G. JACOBS, 10 juillet 2003, conclusions sur CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Jégo-Quéré et Cie SA*, C-263/02 P, Rec. p. I-3425, pts. 91 et 96.

⁹⁷ Hélène GAUDIN, « La Cour de justice, cour constitutionnelle ? », *Rev. Aff. Eur.*, 2000, pp. 209-221 (213-214).

⁹⁸ V. par exemple, CJUE, Gde chbre, 15 janvier 2013, *Jozef Križan et autres contre Slovenská inšpekcia životného prostredia*, C-416/10 ; CJUE, Gde chbre, 8 Mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos farmacêuticos contre Merck & Co. Inc.*, préc. ; CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, préc. ; CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani contre Amministrazione Italiana delle Finanze*, 87/75, Rec. p. 129.

⁹⁹ Charlotte DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve du droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 426.

la mission impartie aux instances juridictionnelles des organisations internationales »¹⁰⁰. En définitive, la fonction exercée par la Cour dans le cadre de la procédure de l'article 258 est hybride. Elle apparaît internationale au regard de la nature des parties au litige et de l'origine extranationale de l'obligation dont le respect est contrôlé ; en même temps, elle présente une facette constitutionnelle si l'attention se porte sur les pouvoirs d'injonction et d'astreintes de la Cour et sur la régulation du droit des États membres permise par cette procédure¹⁰¹.

ii) Fonctions constitutionnelles sortant du champ de l'étude

37. En sa qualité de juge constitutionnel de l'Union européenne, la Cour de justice exerce un rôle de répartiteur des compétences dans l'ordre juridique de l'Union européenne. D'une part, elle délimite les compétences respectives des différentes institutions de l'Union. D'autre part, elle précise la répartition des compétences entre ces institutions et les États membres de l'Union européenne, lorsque celle-ci n'est pas clairement opérée dans le droit primaire¹⁰². Dans le cadre de la procédure d'avis de l'article 228, § 11 du TFUE, la Cour de justice se prononce sur la compatibilité avec le droit primaire des accords internationaux dont la

¹⁰⁰ Denys SIMON, « Les mécanismes juridictionnels dans la Communauté européenne », in « Les mécanismes juridictionnels dans la Communauté européenne », in *Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique en Europe et en Amérique : Colloque SFDI du Québec*, Paris, Pedone, 1993, pp. 59-78 (62).

¹⁰¹ Guy ISAAC et Marc BLANQUET, rendent compte de cette hybridité. Ils accordent leur faveur à la fonction constitutionnelle tout en précisant qu'elle se situe « à la limite de la fonction internationale », *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 489.

¹⁰² Guy ISAAC et Marc BLANQUET observent qu'« en attribuant des compétences aux Communautés et les répartissant entre les différentes institutions de celles-ci, les rédacteurs des traités ne pouvaient manquer d'instaurer, un peu à la manière de ce qui se passe dans un système fédéral, une justice constitutionnelle. Délimiter et défendre les compétences respectives des États membres et des communautés, mais encore préserver l'équilibre des pouvoirs à l'intérieur de celles-ci, telle est la mission de la Cour », (*Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.* p. 489) ; de même, Brunessen BERTRAND remarque que « [c]'est [...] en jugeant de la répartition des compétences entre institutions et États membres ou entre les institutions elles-mêmes que la Cour apparaît comme une Cour constitutionnelle », (*Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 18) ; Koen LENAERTS a mis en évidence la ressemblance des techniques employées par la Cour de justice et la Cour suprême des États-Unis lorsqu'elles sont appelées à exercer leur rôle de répartiteur des compétences. Ces juridictions font ainsi « un usage très prudent de leur compétence de délimiter les prérogatives respectives des autres pouvoirs de l'ordre juridique dont elles sont l'émanation judiciaire suprême ». En outre, « les deux juridictions suprêmes ont exercé de manière parallèle leur mission de délimiter verticalement le pouvoir afin d'assurer la prééminence nécessaire de l'ordre juridique commune » (*Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 629-665 (645 et 665)).

conclusion est projetée¹⁰³. Cet office est en lien avec son rôle de répartiteur des compétences, dans la mesure où il conduit fréquemment la Cour à juger des compétences externes respectives de l'Union européenne et de ses États membres¹⁰⁴. Enfin, la protection des droits fondamentaux relève de la fonction constitutionnelle de la Cour lorsqu'un acte législatif de l'Union européenne est attaqué¹⁰⁵. Cet office est transversal et imprègne les différents contentieux relevant de la compétence de la Cour¹⁰⁶. Mais son exercice dans le cadre du contrôle de la validité des actes législatifs de l'Union conditionne l'accès de la Cour de justice à la qualité de juge constitutionnel, dès lors qu'il appartient à une telle juridiction de garantir le respect par la loi des droits fondamentaux défendus par le bloc de constitutionnalité¹⁰⁷. La Cour de justice n'est pas appelée à se prononcer sur l'invocabilité des engagements internationaux lorsqu'elle exerce ses fonctions de répartiteur des compétences et de gardienne de la conformité des actes législatifs aux droits fondamentaux. Pour cette raison, ces deux offices ne constituent pas un support d'étude de cette thèse.

¹⁰³ Hélène GAUDIN compare cette procédure avec celle instituée par l'article 54 de la Constitution de 1958, qui confie au Conseil constitutionnel le pouvoir de se prononcer sur la conformité avec la Constitution française des traités que l'État français entend conclure, (« La Cour de justice, cour constitutionnelle ? », préc., p. 213).

¹⁰⁴ Joël RIDEAU et Fabrice PICOD observent que cette procédure « a été conçue dès l'origine comme un moyen d'empêcher les communautés de dépasser le champ de ses compétences en empiétant sur le domaine réservé des États membres », (*Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Lexisnexis, 2^{ème} éd., 2002, p. 457). Brunessen BERTRAND en appelle au droit comparé pour mettre en évidence la dimension constitutionnelle de ce contrôle. Elle écrit ainsi qu'« [i]l est d'ailleurs notable que cette procédure ait donné à l'occasion à la Cour de reprendre la théorie des compétences implicites de la Cour suprême américaine », (*Le juge de l'Union européenne, juge administratif, op. cit.*, pp. 24-25). Ce n'est toutefois pas seulement lorsque la demande d'avis porte sur une question de compétence que la Cour opère un contrôle de constitutionnalité. Stanislas ADAM relève que « toute question est en effet susceptible de présenter une dimension constitutionnelle, qu'elle porte sur la compétence (par exemple dans l'avis 1/94) ou sur la compatibilité matérielle (par exemple dans les avis 1/92 et 2/92) ». À cet égard, il précise que « les potentialités du contrôle préalable des accords internationaux n'ont pas encore été exploitées à leur juste mesure dans le domaine de la compatibilité matérielle, notamment en matière de droits fondamentaux », (*La procédure d'avis devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 236).

¹⁰⁵ Koen LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 423-457 (435-446).

¹⁰⁶ Romain TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 15.

¹⁰⁷ Après avoir identifié la protection des droits fondamentaux comme une des composantes de la justice constitutionnelle occidentale, Mauro CAPPELETTI désigne l'intégration d'un tel office dans la jurisprudence de la juridiction de Luxembourg comme une condition *sine qua non* de l'avènement d'une justice constitutionnelle européenne, (« Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *R.I.D.C.*, 1981, pp. 625-657 (635-639 et 653-656)).

2) La justice administrative et le contrôle de la conventionnalité de l'acte administratif

38. Le Conseil d'État et la Cour de justice ont le pouvoir de contrôler la légalité des actes administratifs français et de l'Union européenne. Les accords internationaux constituent des sources de la légalité de ces ordres juridiques et peuvent donc être invoqués par les justiciables dans le cadre de cet office. Il convient alors d'identifier les voies de droit dans le cadre desquelles le Conseil d'État (a) et la Cour de justice (b) apprécient l'invocabilité du droit conventionnel en exerçant leur fonction de juge administratif.

a) Le Conseil d'État français, juge administratif

39. Le Conseil d'État français est la juridiction administrative suprême de son ordre juridique. Il peut prétendre à cette suprématie dès lors que, selon les termes de l'article L 111-1 du Code de justice administrative, « [i]l statue souverainement sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par les diverses juridictions administratives ainsi que sur ceux dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou de juge d'appel »¹⁰⁸. La diversité de ses compétences en fait un juge de premier et dernier ressort¹⁰⁹, un juge d'appel¹¹⁰ et un juge suprême¹¹¹ de l'ordre administratif. De sorte qu'il

¹⁰⁸ Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative, JORF, 7 mai 2000, pp. 6904-6905.

¹⁰⁹ Il est à noter que cette qualification de la compétence directe du Conseil d'État est considérée comme imparfaite par la doctrine. En effet, René CHAPUS relève qu'« une compétence de premier et dernier ressort est définie comme se traduisant par le prononcé de jugements contestables par la voie de recours en cassation, ce qui n'est évidemment pas le cas de ceux que rend le Conseil d'État. Une précision légitime [...] serait de présenter le Conseil d'État exerçant sa compétence directe comme statuant "en premier ressort et souverainement" », (*Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien 13^{ème} éd., 2008, p. 309). Ces compétences d'attribution ont en commun de porter sur des contentieux d'une certaine importance. Le décret du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives (JORF, 23 janvier 2010, p. 3325) est le dernier à avoir réaménagé la répartition des compétences directes entre le Conseil d'État et les tribunaux administratifs, de manière à réserver à la haute juridiction administrative « celles qui constituent en l'état actuel des structures et des procédures et au regard de l'objectif de bonne administration de la justice, les attributs naturels du juge administratif suprême », (Matthias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2012, p. 45). Citons parmi celles-ci, et sans prétendre à l'exhaustivité : les recours dirigés contre les décrets et ordonnances avant ratification, contre les actes réglementaires ministériels et leurs circulaires adoptés après consultation obligatoire du Conseil d'État ; les actions en responsabilité pour durée excessive des procédures ; ou encore les recours contre le refus d'adopter un acte réglementaire, ou de modifier ou abroger un règlement existant.

¹¹⁰ Depuis que la loi du 31 décembre 1987 a transféré aux cours administratives d'appel un nombre considérable d'appels formés contre les tribunaux administratifs, (Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, JORF, 1^{er} janvier 1988, p. 7). De sorte que même si en principe le Conseil d'État reste

« est tout à la fois au sommet, au centre et à la base de l'ordre des juridictions administratives »¹¹². En sa qualité de juge administratif suprême de l'ordre juridique français, le Conseil d'État a pleine compétence pour définir les conditions d'invocabilité des accords internationaux ne relevant pas du champ d'application du droit de l'Union européenne à l'encontre des actes administratifs français¹¹³.

b) La Cour de justice, juridiction administrative

40. S'il est vrai que « le juge de l'Union européenne n'est pas né juge administratif », il est apparu qu'à mesure que les institutions de l'Union ont développé une activité administrative, « la nature de la juridiction devenait nécessairement administrative »¹¹⁴. Il est ainsi admis de longue date que la Cour de justice « s'apparente, à bien des égards, aux juridictions administratives : le droit public, l'ordre public, au sens juridique du terme, y tiennent la plus large place », surtout quand elle est appelée à défendre les « droits des particuliers contre les abus de pouvoir de l'administration (les exécutifs communautaires en

la juridiction d'appel de droit commun, la réalité du contentieux institue les cours administratives d'appel en juges ordinaires des appels interjetés contre les jugements rendus par les tribunaux administratifs. En dehors des jugements des tribunaux administratifs l'article L 321-2 du Code de justice administrative dispose que les appels doivent être portés devant le Conseil d'État « dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement ». S'agissant des jugements rendus par les tribunaux administratifs, le Conseil d'État connaît des appels « que l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduit à attribuer au Conseil d'État » (L 321-1 Code de justice administrative). Ces appels sont ceux portant sur des jugements rendus sur renvoi du juge judiciaire et dans le cadre du contentieux des élections municipales.

¹¹¹ Le Conseil d'État français juge les recours en cassation formés contre les jugements des juridictions spécialisées, mais aussi, depuis la loi du 31 décembre 1987, des recours en cassation formés contre les Cours administratives d'appel. Pierre DELVOLVE remarque synthétiquement qu'en définitive les décisions rendues par les juridictions administratives en dernier ressort « peuvent toutes faire l'objet d'un recours en cassation devant la Conseil d'État, alors même que le législateur ne l'aurait pas précisé [...]. C'est ainsi d'abord comme juge de cassation que le Conseil d'État peut apparaître juge suprême », (« Conseil d'État », *Répertoire Dalloz contentieux administratif*, préc., pt. 327). À la différence de l'office qu'il exerce en sa qualité de juge d'appel, il juge alors « non le litige qui avait été soumis à la juridiction qu'il contrôle, mais le jugement prononcé par elle sur ce litige », (René CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, Paris, Montchrestien, 2001, p. 779). Si ledit jugement est annulé, l'affaire est renvoyée devant le juge du fond qui devra prononcer une nouvelle décision se conformant à l'arrêt de cassation.

¹¹² René CHAPUS, *ibid.*, p. 776.

¹¹³ V. par exemple, CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc. ; CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc. ; CE, 6 Juin 2007, *Commune de Groslay*, n°292942, *Leb.* p. 237.

¹¹⁴ Brunessen BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, *op. cit.*, pp. 40 et 62.

l'espèce) »¹¹⁵. Une paternité française des principes régissant le contentieux administratif des Communautés a un temps été revendiquée¹¹⁶, mais l'évolution de ceux-ci a amené la doctrine à le reconsidérer, pour l'appréhender comme une synthèse originale des solutions proposées par les différentes traditions juridiques des États fondateurs¹¹⁷.

41. S'agissant de la consistance de ce contentieux administratif, Brunessen Bertrand explique qu'il se forme dès lors que « *le litige met en jeu l'administration, et notamment un acte de celle-ci quand elle agit en tant que puissance publique* »¹¹⁸. La Cour de justice, au sens large, est en effet considérée comme une « *juridiction administrative quand elle contrôle des actes individuels* »¹¹⁹, à l'occasion de recours en annulation formés contre des actes administratifs de l'Union européenne¹²⁰. Et cet office relève en premier ressort de la

¹¹⁵ Maurice LAGRANGE, « Discours prononcé à l'audience solennelle de la Cour, le 8 octobre 1964 », Luxembourg, disponible sur internet : http://www.cvce.eu/obj/discours_de_maurice_lagrange_8_octobre_1964-fr-f2f00c1c-2587-497f-ace0-6890bf0cb85f.html, p. 1.

¹¹⁶ Maurice LAGRANGE a constamment affirmé dans ses travaux l'existence d'un lien de filiation entre le contentieux administratif français et le contentieux des Communautés européennes. L'avocat général français regardait en effet, « *sans vaine gloriole* », le système juridictionnel de la Communauté comme « *un hommage rendu à l'œuvre historique du Conseil d'État de notre pays* », (« La Cour de justice des Communautés européennes. Du plan Schumann à l'Union européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse, La construction européenne*, vol. 2 : *La construction européenne*, op. cit., pp. 127-135 (129)). Jean L'HUILLIER écrivait pour sa part que « [c]est un sujet de satisfaction pour les publicistes français que de constater que ce contentieux "supranational" constitue une réplique fidèle de notre contentieux administratif français dont il ne fait que transposer mutatis mutandis la plupart des solutions », (« Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *D.*, 1953, pp. 63-66 (64)).

¹¹⁷ Concernant les conditions de recevabilité du recours en annulation – principal creuset du contentieux administratif communautaire –, Jacques ZILLER remarque ainsi que la Cour a recherché « *une pratique de l'ancien article 174 [actuel article 263 TFUE] qui fasse synthèse des cultures juridiques des États fondateurs* », (« Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », *A.J.D.A.*, 1999, pp. 635-644 (636)). Paul CASSIA observe que sa complexité procède essentiellement de son « *caractère essentiellement bifide [...] : fondé essentiellement sur le modèle français du recours pour excès de pouvoir, le contentieux communautaire de la légalité a finalement adopté la conception subjective de recevabilité du recours en annulation telle qu'elle existe en droit allemand* », (Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, nouvelles bibliothèques des thèses, 2002, p. 1000). V. antérieurement, Jean RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la C.E.C.A. », *A.F.D.I.*, 1958, pp. 295-308 ; Robert LECOURT, « La protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », *D.*, 1967, pp. 51-56 (52-53) ; Michel FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE », *R.T.D. eur.*, 1966, pp. 47-65.

¹¹⁸ Brunessen BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, op. cit., p. 28. Cette compréhension du contentieux administratif s'approche de celle présentée par Pierre DELVOLVE et André DE LAUBADERE. En effet, selon Pierre DELVOLVE, la nature de la « *question posée* » au juge est fondamentale pour déterminer la nature d'une juridiction. De fait, est administrative une juridiction qui répond à des questions dont l'objet concerne des actes administratifs, (« La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Etude offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 47-70 (58)). Dans le même ordre d'idée André DE LAUBADERE considérait le contentieux administratif comme « *le contentieux d'une activité administrative* », (« Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *R.C.A.D.I.*, 1964, pp. 527-601 (534)).

¹¹⁹ Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 488.

¹²⁰ Ces actes sont en effet des actes administratifs de l'Union européenne, au même titre que les actes de portée générale n'étant pas adoptés à l'issue de la procédure législative ordinaire. Le Traité de Lisbonne est très clair sur ce point. L'article 263, alinéa 1 TFUE consacre la compétence constitutionnelle de la Cour de justice pour opérer « *le contrôle de la légalité des actes législatifs* » sollicité par un requérant privilégié. L'article 263,

compétence du Tribunal de l'Union¹²¹. En outre, quand la protection des droits des administrés de l'Union européenne l'exige, un recours en responsabilité est ouvert aux particuliers devant le Tribunal pour obtenir réparation des dommages causés par les institutions de l'Union¹²². Partant, il est possible d'avancer qu'il existe une forme de centralisation organique de la fonction administrative de la juridiction de Luxembourg, qui est dans une large mesure exercée par le Tribunal de l'Union¹²³. Il apparaît alors que cet organe est la juridiction administrative de droit commun du contentieux administratif de l'Union. Le tribunal de l'Union s'affirme ainsi comme la juridiction administrative ordinaire de l'Union

alinéa 4 TFUE dispose en revanche que la personne privée ne peut former de recours en annulation devant le Tribunal que « *contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ou contre les actes réglementaires qui la concernent directement et ne comportent pas de mesures d'exécution* ». Un acte législatif n'a pas vocation à concerner individuellement une personne privée en raison de sa généralité. Par conséquent, la recevabilité d'un recours en annulation formé à l'encontre d'un acte législatif ne peut être fondée sur la première branche de l'article 263, alinéa 4 TFUE. Concernant la seconde branche introduite par le Traité de Lisbonne, la Cour de justice a précisé dans son arrêt *Inuit* que le critère employé pour identifier la nature « *réglementaire* » de l'acte est le critère procédural : il ne doit pas avoir été adopté dans le cadre de la procédure législative ordinaire : CJUE, Gde chbre, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami contre Parlement et Conseil*, C-583/11 P. Or, en droit de l'Union européenne, la procédure appliquée pour édicter un acte communautaire est déterminée par la fonction – législative ou exécutive – exercée par l'autorité normative qui l'édicte, (V. Pierre-Yves MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2000, p. 432). De sorte que la clause *Jego-Quéré* exclut ainsi l'attaquabilité des actes législatifs. Dans le cadre du recours en annulation, le Tribunal de l'Union européenne se prononce donc sur la validité des seuls actes administratifs.

¹²¹ Dans l'architecture actuelle du système juridictionnel de l'Union, « *le Tribunal s'est [...] consolidé comme la juridiction administrative communautaire chargée du contrôle de la légalité sur la base de recours de particuliers* », (Gil Carlos Rodriguez IGLESIAS, « La pouvoir judiciaire de la Communauté européenne au stade actuel de l'évolution de l'Union », Jean Monnet Chair Paper, RSC n°96/41, *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1996, pp. 33-57 (56)). Francis DONNAT met en évidence la fonction administrative du juge saisi par une personne privée sur la base de l'article 263 TFUE, en expliquant qu'il « *se comporte non seulement comme le gardien des Traités, qui est son rôle traditionnel, mais également comme le gardien d'une certaine conception de l'administration au service de l'intérêt général communautaire* », (*Le contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, p. 8). Il convient de noter que, dans l'hypothèse où un requérant institutionnel forme un recours en annulation, la Cour de justice est compétente pour trancher le litige. Cette répartition des compétences s'explique à l'examen des fonctions respectives des deux organes de la juridiction de Luxembourg. Selon Dominique RITLENG, quand « *elle tend à protéger les individus contre les agissements illégaux des institutions [...], la Cour exerce incontestablement une fonction administrative. Mais quand elle est invitée, dans le cadre du contrôle de légalité de l'action communautaire, à trancher des conflits interinstitutionnels ou opposant la Communauté à un État membre [...], elle assume une fonction constitutionnelle* », (*Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de Première instance des Communautés européennes*, Strasbourg, Thèse, Université Robert Schumann, 1998, p. 4).

¹²² Le Tribunal de l'Union européenne est compétent pour connaître des recours en responsabilité contractuelle formés sur la base de l'article 272 TFUE, ainsi que des recours en responsabilité extracontractuelle formés sur la base de l'article 340, alinéa 2 TFUE. Un pourvoi peut toutefois être formé devant la Cour de justice contre les arrêts rendus par le Tribunal à l'issue de ces procédures.

¹²³ La spécialisation des offices de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union est constatée par Aude BOUVERESSE qui, à l'examen de la répartition des contentieux entre les deux organes, avance que « *le Tribunal serait alors la juridiction ordinaire, pour ne pas dire, administrative par excellence alors que la Cour se rapprocherait toujours davantage d'une juridiction constitutionnelle* », (« Tribunal de l'Union européenne », *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, juin 2013, pt. 75).

européenne¹²⁴. En cette qualité, il a prononcé d'importants arrêts relatifs aux conditions d'invocabilité du droit conventionnel dans le cadre de procédures tendant à l'annulation de certains actes individuels¹²⁵, ou à l'engagement de la responsabilité de l'Union¹²⁶. Mais le Tribunal n'est pas pour autant la seule juridiction compétente pour traiter le contentieux administratif de l'Union. D'une part, ses arrêts prononcés à l'issue de recours en annulation ou en indemnité sont susceptibles de recours devant la Cour de justice¹²⁷ ; d'autre part, le Tribunal de la fonction publique a compétence pour trancher les litiges opposant les agents de la fonction publique européenne à son administration. La jurisprudence du Tribunal de la fonction publique n'est toutefois pas un champ d'analyse pertinent eu égard à l'objet de cette thèse. En raison de l'absence d'obligations internationales s'imposant à l'Union concernant le traitement de ses agents, le droit conventionnel n'est en effet pas invoqué dans son prétoire.

3) La justice internationale et le contrôle de la conventionnalité dans le cadre des litiges interétatiques

42. Lorsqu'elle est appelée par un premier État à juger de la conventionnalité du produit juridique d'un second État, une juridiction peut être considérée comme exerçant une fonction internationale. Il convient d'identifier les recours ayant donné lieu à un tel contrôle, dans le

¹²⁴ Le Tribunal de première instance (actuel Tribunal de l'Union européenne auquel a seulement été soustrait la compétence pour connaître du contentieux de la fonction publique) a ainsi pu être qualifié, de manière certes un peu caricaturale mais tout à fait signifiante, de « véritable Conseil d'État européen », (Denis WAELBROECK, Ann-Michèle VERHEYDEN, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation contre les actes normatifs communautaires », *Cah. dr. eur.*, 1995, pp. 399-441 (439)).

¹²⁵ V. par exemple, dans le cadre du contentieux de l'annulation : TPICE, 22 Janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, T-115/94, *Rec.* 1997, p. II-43 ; TPICE, 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd contre Conseil de l'Union européenne*, T-35/01, *Rec.* p. II-3663 ; dans le cadre du contentieux de la responsabilité : TPICE, 11 janvier 2002, *Biret International SA contre Conseil*, T-174/00, *Rec.* p. II-17 ; TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, T-19/01, *Rec.* p. II-315.

¹²⁶ TPI, 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-69/00, *Rec.* p. II-5393.

¹²⁷ V. par exemple, un arrêt rendu sur pourvoi, et cassant l'arrêt rendu en première instance par le Tribunal, dans le cadre d'une procédure tendant à engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union pour la violation de ses obligations conventionnelles : CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.* p. I-6513 ; un arrêt confirmant au contraire la solution retenue par le Tribunal en première instance : CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Biret International SA & Etablissements Biret SA et Cie SA contre Conseil de l'Union européenne*, C-93 et 94/02 P, *Rec.* p. I-10497 et p. I-10565.

cadre desquels le Conseil d'État (a) et la Cour de justice (b) ont libéralement admis l'invocabilité de la norme conventionnelle prétendument violée.

a) *Le Conseil d'État, juridiction internationale*

43. Par nature, le Conseil d'État français n'est indéniablement pas une juridiction internationale. Seule la juridiction qui s'est vue confiée son pouvoir juridictionnel par un acte de nature conventionnelle peut en effet être formellement considérée comme telle¹²⁸. Pour autant, le contentieux interétatique tendant à la sanction de la violation d'une obligation internationale n'est pas complètement étranger à la plus haute juridiction administrative. En effet, dans son arrêt *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie royale de Hong-Kong*¹²⁹, le Conseil d'État a exercé un office assimilable à celui qui est traditionnellement dévolu aux juridictions internationales. Saisie par le Royaume-Uni, les juges du Palais Royal se sont prononcés sur « *la mise en cause par un État étranger [...] de la violation par la France de ses obligations internationales* »¹³⁰. De sorte que la nature étatique des parties, ainsi que l'objet du litige tendent à attribuer une fonction internationale à une juridiction qui reste à l'évidence formellement nationale¹³¹. Et le Conseil d'État a dégagé, dans le cadre de cette jurisprudence, des règles d'invocabilité des accords internationaux se distinguant du régime de droit commun, en ne subordonnant pas le droit des États de se prévaloir de la norme conventionnelle à la vérification de son effet direct.

¹²⁸ Carlo SANTULLI explique que « [R]édite à la recherche de l'ordre qui attribue le pouvoir juridictionnel à l'organe, la doctrine du fondement de la validité [des actes juridictionnels] permet d'établir la nature internationale de la juridiction », (« Les Juridictions de droit international : essai d'identification », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 45-61 (56)). L'auteur relève par suite que, s'agissant des tribunaux nationaux, « on ne saurait conclure à la nature internationale de la juridiction et donc à l'applicabilité du droit du contentieux international et, par exemple, prétendre sur cette base que tel arrêt du Conseil d'État pourrait faire l'objet d'un recours devant une "autre" juridiction internationale au titre du contrôle de la validité des sentences arbitrales internationales. », (Carlo SANTULLI, *ibid.*, p. 47).

¹²⁹ CE, ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, *Leb.* p. 267.

¹³⁰ Denis ALLAND, « Note sur Conseil d'État, 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, n°142578, concl. Vigouroux », *J.D.I. (Chunet)*, 1994, pp. 1016-1021 (1021).

¹³¹ Cette fonction internationale de l'office du Conseil d'État français a été à nouveau exercée l'année suivante : CE, 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, *Leb.* p. 549.

b) *La Cour de justice, juridiction internationale*

44. La nature internationale du contentieux né des recours en manquement initiés par un État membre de l'Union est évidente. Un État appelle en effet la Cour à se prononcer sur le respect par un autre État d'une obligation dont l'origine est étrangère à son ordre juridique. L'usage de cette procédure par les États membres reste toutefois très ponctuel. Seuls cinq recours en manquement ont été en effet formés devant la Cour sur la base de l'article 259 du TFUE¹³², car les États sont réticents à provoquer des conflits juridictionnels susceptibles de susciter des « *représailles contentieuses* »¹³³. Pour cette raison, les États membres préfèrent emprunter la voie, plus prudente, de l'intervention au soutien de la Commission dans le cadre des recours en manquement initiés par celle-ci sur le fondement de l'article 258¹³⁴.

45. Ensuite, les États membres de l'Union européenne peuvent, sur la base de l'article 273 du TFUE, confier à la Cour la compétence de trancher des conflits les opposant sur des questions ayant un lien de connexité étroite avec le droit de l'Union européenne. La qualité étatique des parties au litige, ainsi que la nature internationale du titre juridique accordant à la Cour le pouvoir de le trancher – une clause compromissoire –, renvoient aux traits caractéristiques de la juridiction internationale. Peu usité, ce mécanisme a cependant récemment été mobilisé par les États membres participant au Traité instituant le mécanisme européen de stabilité¹³⁵. L'article 37, paragraphe 3 du Traité attribue en effet à la Cour la compétence de « *connaître de tout litige entre les parties contractantes ou entre celles-ci et le MES au sujet de l'interprétation et de l'application du présent traité* », la condition de la

¹³² CJCE, 15 février 1978 (radiation du rôle), *Irlande contre France*, 58/77 ; CJCE, 4 octobre 1979, *France contre Royaume-Uni*, 141/78 ; CJCE, 27 novembre 1992 (radiation du rôle), *Espagne contre Royaume-Uni*, C-349/92 ; CJCE 16 mai 2000, *Belgique contre Espagne*, C-388/95 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne contre Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec.* p. I-7917.

¹³³ Denys SIMON, *Contentieux de l'Union européenne. Renvoi préjudiciel, recours en manquement*, Paris, Lamy, 2011, p. 216.

¹³⁴ Fabrice PICOD, Joël RIDEAU, *Code des procédures communautaires, op. cit.*, p. 216. V. par exemple, CJCE, 19 mai 1992, *Commission soutenue par Belgique, Danemark, France, Luxembourg et Pays-Bas contre Allemagne*, C-195/90 ; CJCE, ord., 13 septembre 2000, *Commission soutenue par France contre Pays-Bas*, C-341/97. Sur la nature fondamentalement constitutionnelle de cette procédure, V. *supra*, cette Introduction, I, B, 1), b).

¹³⁵ Traité instituant le mécanisme européen de stabilité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, l'Irlande, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, la République de Chypre, le Grand-Duché de Luxembourg, Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République portugaise, la République de Slovaquie, la République slovaque et la République de Finlande, conclu à Bruxelles le 2 février 2012, disponible sur internet : <http://www.european-council.europa.eu/media/582863/06-tesm2.fr12.pdf>.

connexité avec le droit de l'Union étant satisfaite¹³⁶. L'article 8, paragraphe 2 du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire confie de la même manière le pouvoir à la Cour de contrôler la bonne mise en œuvre de la « Règle d'or » énoncée en son article 3¹³⁷. Les États membres veillent donc à la bonne exécution de certaines obligations conventionnelles portant sur des questions connexes au droit de l'Union européenne et pourraient à l'avenir s'appuyer sur la fonction internationale de la Cour de justice pour obtenir la sanction de leur violation.

46. Le Conseil d'État et la Cour de justice exercent donc tous deux une pluralité de fonctions. Les deux juridictions partagent une fonction juridictionnelle hybride, mais la part respective des offices qui la composent n'est pas identique dans leur jurisprudence. Ainsi, bien que son rôle de juridiction constitutionnelle se soit considérablement développé, l'office du Conseil d'État français reste fondamentalement dominé par l'exercice de sa fonction administrative. La jurisprudence de la Cour de justice est plus équilibrée, dans la mesure où les justices constitutionnelle et administrative occupent une part égale de son activité. En tout état de cause, les deux juridictions exercent ces deux offices que vient compléter une fonction internationale, qui suscite un contentieux bien moins abondant. Cette dernière est exercée très ponctuellement, dans la mesure où la Cour de justice et le Conseil d'État sont rarement appelés à se prononcer, dans le cadre d'un litige interétatique, sur le respect par un État d'une de ses obligations extranationales. Et c'est dans l'exercice de ces trois fonctions que les juridictions de Paris et Luxembourg ont développé les principes régissant l'invocabilité du droit conventionnel dans leur ordre juridique d'appartenance.

¹³⁶ CJUE, ass., 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contre Gouvernement d'Irlande*, C-370/12, pt. 173.

¹³⁷ L'article 3, paragraphe 1, a) stipule que « *la situation budgétaire des administrations publiques d'une partie contractante est en équilibre ou en excédent* ». Nicolas DE SADELEER remarque qu'en vertu de cette clause compromissaire, la compétence de la Cour sera limitée à « *juger de la conformité du droit national par rapport à la règle d'or et non pas des budgets nationaux* », (« La gouvernance économique européenne : Léviathan ou colosse aux pieds d'argile ? », *Europe*, avril 2012, pp. 4-11 (9)).

II. Identification de l'objet de l'étude : l'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité des actes internes

47. L'objet d'étude de cette thèse est l'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité des actes internes. Le sens attribué à ce concept doit être précisé. Il s'agit du droit offert à un justiciable de se prévaloir d'une norme juridique devant une juridiction (A). Et le justiciable peut alors se prévaloir de cette norme afin de satisfaire différentes revendications. La nature de cette revendication va déterminer la forme d'invocabilité à laquelle il entend donner effet (B). Et les critères conditionnant l'attribution au justiciable du droit de se prévaloir d'une règle varient selon la forme d'invocabilité qu'il mobilise. Les formes d'invocabilité liées à l'effet direct doivent ainsi être distinguées de celles qui en sont autonomisées (C).

A. Le concept d'invocabilité

48. Au début, on invoquait la puissance des dieux¹³⁸ ; puis, pour les seconder, on a invoqué la protection des seigneurs¹³⁹ ; enfin, lorsque l'autorité des premiers n'a plus suffi pas à modérer les intempérances des seconds, on a invoqué l'autorité des règles juridiques. Au rang de ces règles figurent les accords internationaux. Mais tandis que les Dieux et les seigneurs décidaient eux-mêmes du sort à réserver aux réclamations qui leur étaient destinées, c'est à une instance tierce, l'autorité juridictionnelle, qu'est confié le pouvoir de se prononcer sur la possibilité d'invoquer la règle de droit. Cette thèse a pour but d'étudier ce pouvoir des juges. L'invocabilité en justice d'une norme est le droit conféré à une personne de faire état de son existence lors d'une instance, dans la perspective d'obtenir la satisfaction d'une

¹³⁸ Ainsi Polyphème « invoque Neptune pour qu'il tourmente Ulysse », (Jean RACINE, « Remarques sur l'Odyssée d'Homère », in *Œuvres complètes de Jean Racine avec les notes de tous les commentateurs*, T. VII, Paris, Lefèvre et Furne, 1835, p. 375).

¹³⁹ Après, que la porte de la prison de l'Abbaye ait été forcée par le peuple de Paris, l'Assemblée Nationale a envoyé une délégation « à Sa Majesté pour invoquer sa clémence en faveur des personnes qui pourraient en être coupables », (*Réimpression de l'Ancien Moniteur depuis la réunion des États-généraux jusqu'au consulat (mai 1789-novembre 1799)*, T. I, Paris, Bureau central, 1840, p. 114).

revendication¹⁴⁰. Ce droit est soumis à un régime juridique protéiforme que la nature des prétentions des justiciables modèle au gré des litiges¹⁴¹. La forme d'invocabilité varie ainsi selon l'effet que le juge est appelé à attacher à la règle juridique par la partie qui en sollicite l'application¹⁴². La typologie créée pour décrire cette polymorphie a été élaborée en doctrine pour analyser la diffusion du droit de se prévaloir des règles de droit de l'Union européenne devant les juridictions nationales des États membres¹⁴³. Le cadre conceptuel créé par cette typologie conserve sa valeur explicative concernant le traitement de l'invocabilité de toute norme extranationale, qu'elle soit internationale ou unionnaire.

¹⁴⁰ On s'inspire ici de la présentation de Philippe MANIN selon qui « *“Invoquer” un accord international, c'est pour une “personne” faire état de l'existence d'un accord en vigueur pour tenter d'obtenir satisfaction d'une revendication* », (« À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *R.T.D. eur.*, 1997, pp. 399-428 (401)). Pour RASS HOLDGAARD, l'invocabilité d'une norme internationale dans l'ordre juridique communautaire « *denotes the capability of a legal subject to rely on (i.e. use or invoke) that norm in a particular context* », (*External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses, op. cit.*, p. 244). Traduction : l'invocabilité d'une norme internationale « dénote la capacité d'un sujet de droit de s'appuyer sur (*ie* employer ou invoquer) cette norme dans un contexte défini ». Selon Gérard TEBOUL, le juge interne « *se prononce sur l'invocabilité de la convention par les particuliers, autrement dit, sur la possibilité, pour une source de droit des gens, de produire des effets dans l'ordre interne. En bref, c'est l'accès de l'individu à la norme juridique internationale qui est en cause* », (« Le juge administratif et le droit international, aspects récents de droit formel », *A.J.D.A.*, 1995, pp. 43-65 (47)). V. également, Jean GROUX, « L'“invocabilité en justice” des accords internationaux des Communautés européennes », *R.T.D. eur.*, 1983, pp. 203-232 ; Joël RIDEAU « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux », *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 289-418, (359) ; Pavlos ELEFThERIADIS, « The Direct Effect of Community Law : Conceptual Issues », *YB. Eur. L.*, 1996, pp. 205-221.

¹⁴¹ L'avocat général Jääskinen relève ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'invocabilité « *a évolué suivant plusieurs branches, qui se rattachent néanmoins à un “tronc commun” incarné par le principe de monisme* » : Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 29. La formule est applicable dans les mêmes termes à la jurisprudence du Conseil d'État français.

¹⁴² Selon Denys SIMON, la forme d'invocabilité est déterminée par une stratégie contentieuse. Il écrit ainsi que « *le justiciable peut être amené à utiliser l'une ou l'autre des formes d'invocabilité en priorité en fonction de la situation juridique qui est à l'origine du litige et du résultat contentieux qu'il cherche à obtenir* », (« Invocabilité du droit communautaire », *Lamy procédures communautaires*, janvier 2005, n°210-150).

¹⁴³ Dans le cadre de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union : Yves GALMOT, Jean-Claude BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *R.F.D.A.*, 1988, pp. 15-25 ; Sacha PRECHAL, « Direct effect reconsidered, redefined and rejected », in *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, Prinssen & Schrauwen (eds.), 2004, pp. 17-41 ; Denys SIMON, « Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », in *Union européenne et droit international : Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 139-157 ; dans le cadre de l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État français : Denys DE BECHILLON, « L'applicabilité des directives communautaires », *R.D.P.*, 1991, pp. 759-791 ; Olivier DUBOS, David KATZ, « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'État », *J.C.P. A*, 25 Janvier 2010, pp. 20-25.

B. Les formes d'invocabilité

49. L'invocabilité d'interprétation confère au justiciable le droit d'obtenir une interprétation juridictionnelle du droit interne conforme à la règle extranationale dont il se prévaut¹⁴⁴. En présence d'une antinomie normative, une règle interne n'est toutefois pas susceptible d'être interprétée en conformité avec une règle extranationale¹⁴⁵, le requérant peut alors réclamer au juge que la première soit laissée inappliquée : il s'agit de l'invocabilité d'exclusion¹⁴⁶. L'invocabilité de mise en œuvre vise également à obtenir l'inapplication de l'acte interne contraire à la norme internationale, mais n'est possible que lorsque le premier exécute une obligation particulière tirée de la seconde¹⁴⁷. L'invocabilité d'exclusion et

¹⁴⁴ CJCE, 10 avril 1984, *Sabine Von Colson and Elisabeth Kaman contre Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, *Rec.* p. 1891 ; CJCE, 4 février 1988, *Murphy*, 157/86, *Rec.* p. 686 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA contre La Commercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, *Rec.* p. I-4135 ; CJCE, 27 octobre 2009, *Land Oberösterreich contre ČEZ*, C-118/08, *Rec.* p. I-10265 ; CE, sect., 22 décembre 1989, *Ministre du budget contre Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, n°86113, *Leb.* p. 260 ; CE, 8/9 SSR, 29 décembre 1995, *Société Sudfer*, n°118754, *Leb.* p. 465 ; CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, n°204756, *Leb.* p. 581 ; CE, 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, n°245076, *Leb.* p. 347 ; CE, 26 avril 2006, *Association FERUS*, n°271670, *Tables Leb.* p. 772, 958 ; CE, 10 juillet 2006, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°281855, inédit ; CE, 4 février 2008, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°294867, inédit. V. Jean-Paul JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2008, pp. 715-717 ; Denys SIMON, « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., pp. 279-300.

¹⁴⁵ Dans le cadre de l'interprétation du droit national à la lumière du droit dérivé : CJUE, Gde chbre, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, C-282/10 ; dans le contexte de l'interprétation du droit de l'Union à la lumière du droit conventionnel, V. NIILLO JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 137.

¹⁴⁶ CJCE, 28 mars 1996, *Ruiz Bernaldez*, C-129/94, *Rec.* p. I-1829 ; CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, *Rec.* p. I-5403 ; CJCE, 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund e.a. contre Autonome Provinz Bozen e.a.*, C-435/97, *Rec.* p. I-5613 ; CJCE, 19 septembre 2000, *État du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts Linster*, C-287/78, *Rec.* p. I-6917 ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09 ; CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression françaises*, n°28467, *Leb.* p. 512 ; CE, 7 décembre 1984, *Fédération nationale des sociétés de protection de la nature*, n°59779, *Leb.* p. 410 ; CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, n°45126, *Leb.* p. 297 ; CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, n°95461, *Leb.* p. 261 ; CE, ass. 6 février 1998, *Tête*, n°138777. V. Olivier DUBOS, « L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster*) », *R.F.D.A.* 2003, pp. 568-575.

¹⁴⁷ CJCE, 22 Juin 1989, *Federation de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, C-70/87, *Rec.* p. 1781 ; CJCE, 8 Juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, C-69/89, *Rec.* p. 1689 ; TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre commission européenne*, T-396/09 ; TribUE, 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, T-338/08. Pour une reprise des logiques de l'invocabilité *Nakajima* par le Tribunal de la fonction publique : TFPUE, 4 juin 2009, *Vahan Adjemian e.a. contre Commission des Communautés européennes*, F-134/07 et F-8/08 ; V. Jean Félix DELILE, « À propos de l'arrêt Vereniging Milieudefensie : la seconde naissance de l'invocabilité Nakajima »,

l'invocabilité de mise en œuvre peuvent être qualifiées d'« *invocabilité-sanction* »¹⁴⁸, dans la mesure où elles permettent d'obtenir la sanction de l'autorité publique qui a violé une norme conventionnelle. Ces trois premières formes d'invocabilité ont pour objet de « *régulariser* »¹⁴⁹ l'état du droit d'origine interne, en le mettant en conformité le droit d'origine extranationale. Ensuite, lorsqu'une personne considère avoir subi un préjudice en raison de la violation d'une règle extranationale par les autorités normatives de l'État, elle peut se prévaloir de cette obligation aux fins d'obtenir une indemnisation susceptible d'effacer les conséquences dommageables de cette illicéité¹⁵⁰. Il mobilise en ce cas l'invocabilité de réparation qui permet non la régularisation de l'état du droit interne, mais la dissolution des conséquences préjudiciables de son irrégularité. La personne privée peut enfin inviter le juge à appliquer immédiatement à sa situation juridique un droit qui lui est attribué par une norme extranationale¹⁵¹. Cette invocabilité de substitution de la norme extranationale est indifférente aux relations qu'elle entretient avec l'état du droit interne : elle n'a pas pour objet sa régularisation, ou la sanction de son irrégularité. Elle permet simplement à une personne privée d'obtenir l'application juridictionnelle d'un droit subjectif dont elle est titulaire.

50. Cinq formes d'invocabilité sont donc à la disposition du justiciable qui entend appeler une juridiction à attacher des effets de droit à une norme extranationale. Cette typologie doctrinale tire son utilité pratique du rapport variable que ces formes d'invocabilité entretiennent avec la conditionnalité d'effet direct.

Cah. dr. eur., 2012, pp. 687-708 ; Gert ZONNEKEYN, « The ECJ's Petrotub judgement: towards a revival of the "Nakajima Doctrine" ? » , *L.I.E.I.*, 2003, pp. 249-266.

¹⁴⁸ Le terme est emprunté à Marie GAUTIER, (« L'effet direct des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 560-572 (571)).

¹⁴⁹ Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 406.

¹⁵⁰ CJCE, 19 Novembre 1991, *Andrea Francovich et Daniela Bonifaci et autres contre République italienne*, C-6/90 et 9/90, *Rec.* p.5357 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, C-46 et 48/93, *Rec.* p. I-1029 ; CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239 ; CJCE, Gde chbre, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana*, C-173/03, *Rec.* p. 5177 ; CE ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, *Leb.* p. 78 ; CE, 26 novembre 1999, *Société martiniquaise de concession*, n°154053 et 154054, *Tables Leb.* p. 673, 689, 695, 1048 ; CE, 31 juillet 2009, *Société Ulysse SAS*, n°316525, *Leb.* p. 328. V. Josephine STEINER, « From direct effect to Francovich : shifting means of enforcement of Community law », *E.L. Rev.*, 1993, pp. 3-22 ; Paul CRAIG, « *Francovich*, Remedies and scope of damages liability », *LQ Rev.*, 1993, pp. 595-621.

¹⁵¹ Dans la jurisprudence de la Cour de justice : CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629 ; Dans la jurisprudence du Conseil d'État français : CE, 30 octobre 2009, *Emmanuelle Perreux*, n°298348, *Leb.* p. 407. V. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 445-446.

C. Les rapports entretenus par l'invocabilité avec l'effet direct

51. Lorsqu'une personne privée se prévaut d'une norme conventionnelle pour contester la légalité d'un acte interne, son invocabilité est en principe subordonné à l'effet direct (1). Une autorité publique peut en revanche se prévaloir d'une stipulation conventionnelle dépourvue d'effet direct à cette même fin (2). En toute hypothèse, l'effet direct n'est examiné que si l'accord international invoqué ne souffre pas d'un défaut d'application réciproque (3).

1) Une liaison étroite dans le cadre des procédures initiées par les personnes privées

52. La subordination d'une forme d'invocabilité de la norme conventionnelle à l'établissement préalable de son effet direct complexifie sa justiciabilité, dans la mesure où elle exige la vérification préalable de la satisfaction de ses critères¹⁵². De sorte que la rigueur des filtres employés par le juge pour admettre ou écarter le droit de se prévaloir d'une règle communautaire dépend de la nature de sa revendication. Mais les hypothèses de scission du couple invocabilité/ effet direct diffèrent également selon la nature – internationale ou unionaire – de la norme dont le requérant se prévaut.

53. L'effet direct n'est nécessaire qu'à l'invocabilité de substitution des règles de droit primaire et dérivé de l'Union européenne. Il ne subordonne le droit de se prévaloir de ces règles que si le requérant revendique l'application directe des droits dont elles sont le support. Les invocabilités d'interprétation, de réparation et d'exclusion ont quant à elles successivement conquis leur autonomie vis-à-vis de l'effet direct, en trouvant leur base

¹⁵² Pour une analyse approfondie de ces critères, V. *infra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2. En bref, il s'agit de l'aptitude de la règle en cause à créer des droits, ainsi que de la clarté et de l'inconditionnalité de son énoncé. Concernant le droit de l'Union européenne d'origine interne, le critère de l'aptitude à créer des droits est présumé satisfait, mais le critère de la complétude conditionne encore l'effet direct : CJCE, 5 février 1963, *V Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 6 ; CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn contre Home Office*, 41/74, Rec. p. 1337 ; CJUE, Gde chbre, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, préc. ; concernant les accords internationaux purement unionaires et mixtes, les deux critères sont examinés pour établir l'effet direct de la stipulation invoquée : CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. Contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc. ; il en va de même concernant les accords internationaux purement français : CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'Insertion par le logement (FAPIL)*, préc..

juridique dans la primauté du droit de l'Union¹⁵³. Par voie de conséquence, la clarté et l'inconditionnalité de la règle unionnaire ne sont pas nécessaires lorsque le justiciable mobilise ces formes d'invocabilité.

54. L'invocabilité du droit conventionnel international reste de son côté dans une plus large mesure dépendante de la vérification préalable de son effet direct dans les jurisprudences française et de l'Union européenne. Seule les invocabilités d'interprétation¹⁵⁴ et de mise en œuvre¹⁵⁵ devant la Cour de justice et, de façon plus incertaine, l'invocabilité de réparation devant le Conseil d'État¹⁵⁶, reposent explicitement sur une base juridique distincte, la primauté du droit international. Devant les deux juridictions, la possibilité pour les personnes privées de se prévaloir de stipulations conventionnelles pour contester la régularité d'un acte interne se trouve suspendue à leur effet direct. En dépit de sa primauté sur le droit interne infra-constitutionnel, aucune invocabilité d'éviction ne bénéficie au droit conventionnel international¹⁵⁷.

¹⁵³ Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », *E.L. Rev.*, 2006, pp. 287-315. Pour une analyse exhaustive de la scission du couple invocabilité/ effet direct du droit de l'Union européenne d'origine interne, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 1).

¹⁵⁴ Interprétation du droit de l'Union européenne à la lumière des accords internationaux liant l'Union : CJCE, 26 avril 1972, *Interfood GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, 92/71, *Rec.* p. 231 ; CJCE, 19 octobre 1989, *Hoesch AG et République fédérale d'Allemagne contre Bergrohr GmbH*, 142/88, *Rec.* p. 3413 ; CJUE, 21 juin 2012, *Titus Alexander Jochen Donner*, C-5/11, *pub. Rec. num.* ; interprétation du droit des États membres conforme aux accords internationaux liant l'Union : CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, C-53/96 ; CJCE, 8 mars 2001, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-68/99, *Rec.* p. I-1865 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc.. V. André NOLLKAEMPER, Gerrit BETLEM, « Giving effect to public international law and european community law before Domestic courts: a comparative analysis of consistent interpretation », *EJIL*, 2003, pp. 569-589 ; Frederico CASOLARI, « Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine of consistent interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, pp. 395-415.

¹⁵⁵ CJCE, 8 Juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; CJCE, 22 juin 1989, *Federation de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, préc.

¹⁵⁶ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n°279522, *Leb.* p. 78. Marie GAUTIER écrit que, lorsque le requérant se prévaut de la norme conventionnelle aux fins d'engager la responsabilité de l'État qui a manqué aux obligations qui en procèdent, « l'abandon de la confusion invocabilité/ effet direct était tout à fait possible. [...] C'est ainsi que l'on chercherait en vain dans l'arrêt Gardedieu un renvoi à la notion et aux critères de l'effet direct », (« L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 564) ; V. également Marguerite CANEDO-PARIS, « Le juge administratif, le droit international et la responsabilité : un trio infernal ? », *R.F.D.A.*, 2007, pp. 789-802 (796) ; Jean-Marc SAUVE, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolo », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, pp. 5-10 (6).

¹⁵⁷ Concernant l'ordre juridique français, dans le cadre d'une procédure de contestation de la validité d'un acte réglementaire : CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n°163043, *Leb.* p. 330 ; concernant l'ordre juridique de l'Union européenne, dans le cadre d'une procédure de contestation de la validité d'une réglementation nationale : CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Simutenkov*, C-265/03, *Rec.* p. I-2579, pts. 21-29 ; dans le cadre d'une procédure de contestation de la validité d'un acte législatif de l'Union européenne : CJCE, 30 Juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 59.

2) Une liaison rompue dans le cadre des procédures initiées par les requérants institutionnels

55. Les requérants institutionnels, qu'il s'agisse d'États ou d'institutions de l'Union, bénéficient d'un accès simplifié à l'invocabilité du droit conventionnel. Les États peuvent se prévaloir de normes conventionnelles dépourvues d'effet direct devant le Conseil d'État et la Cour de justice pour contester la légalité des actes juridiques français¹⁵⁸ ou de l'Union européenne¹⁵⁹. De la même manière, la juridiction de Luxembourg a admis l'invocabilité par les institutions de l'Union des accords internationaux dépourvus d'effet direct¹⁶⁰ pour examiner la régularité du droit des États membres à l'aune de leurs prescriptions dans le cadre de la procédure de manquement. Une puissance publique n'agit pas pour protéger ses droits individuels, mais pour obtenir la sanction de la violation d'une obligation internationale lésant ses intérêts¹⁶¹, ou pour assumer son rôle de garant de la légalité des actes de l'Union européenne¹⁶². De sorte que le choix de ne pas subordonner l'invocabilité d'une norme conventionnelle par la puissance publique à son effet direct – autrement dit, à son aptitude à véhiculer des droits subjectifs – fait sens. L'invocabilité des accords internationaux est donc régie par des principes distincts selon qu'une personne privée ou qu'une puissance publique

¹⁵⁸ CE, ass., 15 octobre 1993, *Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie royale de Hong-Kong*, préc. ; CE, 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, préc. V. Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 594.

¹⁵⁹ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-377/98, *Rec. p. I-7079*. V. Julianne KOKOTT, « International Law – A neglected “integral” part of the EU legal order? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, *op. cit.*, pp. 60-83 (79).

¹⁶⁰ Dans le cadre d'une procédure de manquement initiée contre la France, l'invocabilité par la Commission de la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, ainsi que du protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, est admise par la Cour sans examen des critères conditionnant l'effet direct des règles internationales : CJCE, 7 octobre 2004, *Commission contre République française*, C-239/03, *Rec. p. 9325*.

¹⁶¹ V. à propos du contentieux administratif belge, qui permet également l'invocation de normes extranationales dépourvues d'effet direct par des États tiers, Frédéric DOPAGNE, « L'effet direct est-il une condition de la primauté du droit international sur le droit belge ? », *R.B.D.I.*, 2012, pp. 463-471 (467). Il est à noter que l'invocabilité des accords internationaux régis par les principes de réciprocité et d'avantages mutuels ne se trouve pour sa part pas justifiée de ce fait.

¹⁶² Julianne KOKOTT observe en ce sens que, dans le cadre du recours en annulation, les États membres n'agissent pas tant pour protéger leurs droits que pour « contrôler la légalité des actes des institutions dans l'intérêt général » : conclusions du 6 octobre 2011 sur CJUE, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. Contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, *Rec. p. I-13755*, pt. 75. La Commission assume le rôle de gardienne des Traités qui lui est confié par l'article 17 TUE, en initiant la procédure de manquement lorsqu'un État ne se conforme pas aux obligations unionnaires qui le lient.

s'en prévalent. L'effet direct de la norme conventionnelle reste en principe nécessaire à son invocabilité par une personne privée, tandis qu'au contraire, les requérants privilégiés peuvent se prévaloir des accords internationaux qui en sont dépourvus.

3) Une liaison subsidiaire concernant l'invocabilité des accords internationaux soumis au principe de réciprocité et d'avantages mutuels

56. La Cour de justice a jugé que les accords conclus sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce¹⁶³ sont fondés sur « *le principe de réciprocité et d'avantages mutuels* »¹⁶⁴. Or, les juridictions étatiques des principaux partenaires commerciaux refusent de donner application aux accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)¹⁶⁵. Par conséquent, la récusation de leur invocabilité n'est pas le fait de leur absence d'effet direct, mais de leur défaut d'application réciproque¹⁶⁶. Cela emporte des conséquences pratiques, puisque les États membres de l'Union sont privés du droit de se prévaloir des traités non réciproquement appliqués pour contester la conventionnalité des actes de l'Union¹⁶⁷. La Cour

¹⁶³ Accords de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (*JOCE*, L 336, 23 décembre 1994, p. 3) : Accord général sur le commerce des marchandises de 1994 ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ; Accord général sur le commerce des services ; accord sur les obstacles techniques au commerce ; General Agreement on Tariffs and Trade (GATT de 1947) ; Accord sur le dumping ; Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires.

¹⁶⁴ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, C-149/96, *Rec. p.* I-8395, pt. 42.

¹⁶⁵ L'article 102 de l'*Uruguay Round Agreements Act*, par lequel le Congrès américain a introduit les aménagements de l'ordre juridique interne nécessaires à l'introduction des nouvelles obligations contractées au terme des accords OMC, s'oppose explicitement à l'invocabilité desdits accords devant les juridictions des États-Unis. Aucun justiciable ne peut se prévaloir devant une juridiction interne d'une disposition des accords OMC pour contester la validité des actions du gouvernement fédéral ou de ses agences, (URAA, 8 décembre 1994, Pub. L. 103-465, 108 Stat. 4809) ; le Conseil de l'Union européenne a adopté une position équivalente dans la décision du 22 décembre 1994 relative à la conclusion de l'accord OMC au terme de laquelle : « *l'accord instituant l'OMC y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqués directement devant les juridictions communautaires et celles des États membres* », (Décision du Conseil du 23 décembre 1994 relative à la conclusion de l'accord OMC, *JOCE*, L 336, p. 1).

¹⁶⁶ V. Frédérique BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation », *R.T.D. eur.*, 2000, pp. 419-460 (430) ; Panos KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Londres, Hart Publishing, Modern Studies in European Law, 2005, p. 225 ; Piet EECKHOUT, « The International Legal Order : black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos* », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, pp. 169-179 (176).

¹⁶⁷ CJCE, 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne contre Conseil*, C-280/93, *Rec. p.* I-4973, pts. 106-108 ; CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pts. 45-46. Les accords sur le dumping ont exceptionnellement été jugés invocables par des personnes privées lorsque celles-ci alléguent leur violation par des règles de droit dérivé les mettant en exécution dans l'ordre juridique communautaire : CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; TPI, 27 janvier

a en revanche admis le droit de la Commission de se prévaloir des règles OMC pour examiner la conformité du droit des États membres à leurs prescriptions dans le cadre de la procédure de manquement¹⁶⁸. Il n'en reste pas moins que, par principe, les justiciables soucieux d'accorder des effets aux accords OMC peuvent seulement réclamer au juge que le droit de l'Union ou des États membres soit interprété à la lumière de leurs prescriptions¹⁶⁹. Et dès lors que l'accord non réciproquement appliqué n'est pas invocable dans la globalité à des fins autres qu'interprétative, il n'est pas nécessaire d'examiner si la stipulation dont le requérant se prévaut satisfait aux critères de l'effet direct. Il en va de même devant le Conseil d'État français qui n'examine pas l'effet direct de la stipulation invoquée lorsque l'accord dans lequel celle-ci s'insère n'est pas réciproquement appliqué¹⁷⁰. L'examen de l'effet direct des accords internationaux n'est donc effectué que dans les cas où leur invocabilité n'est pas subordonnée à une réciprocité d'application leur faisant défaut.

57. Le droit de se prévaloir des normes conventionnelles devant la Cour de justice et le Conseil d'État reste dans une large mesure soumis à la vérification de leur effet direct. Ce travail doctoral tend à déconstruire les logiques se trouvant aux fondements de ce couple invocabilité/ effet direct, uni par la jurisprudence. Elle propose par la suite une théorie objective de l'invocabilité offrant aux justiciables le droit de provoquer un contrôle juridictionnel du respect de la primauté des obligations conventionnelles par les autorités normatives françaises et de l'Union européenne.

2000, *Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) contre Commission des Communautés européennes*, T-256/97, *Rec.* p. II-101 ; CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, C-76/00, *Rec.* p. I-79.

¹⁶⁸ Dans l'affaire *International dairy agreement*, il s'agissait de l'arrangement international concernant le secteur laitier, conclu dans le cadre du GATT : CJCE, 10 Septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc. V. Pieter-Jan KUIJPER, « From Initiating Proceedings to Ensuring Implementation : The Links with the Community Legal Order », in SACERDOTI (G.), YANOVICH (A.), BOHANES (J.), (dir.), *The WTO at ten*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 266-281 (271-272).

¹⁶⁹ CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy*, C-300 et 392/98, *Rec.* p. I-11307 ; CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc. V. Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », Jean Monnet Working Paper 3/13, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/13/documents/JMWP03Hix.pdf>

¹⁷⁰ CE, ass., 19 mai 1981, *Rekhou, Leb.* p. 220 ; CE, ass., 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, n°317747, *Leb.* p. 251. La SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT a observé que « [I]a Convention est applicable dans l'ordre interne à la condition d'être appliquée correctement par l'autre partie ou les autres parties ». Il n'est donc pas besoin de vérifier l'effet direct de la norme conventionnelle souffrant d'un défaut d'application réciproque, puisque celle-ci n'est pas même applicable dans l'ordre juridique interne, (*La norme internationale en droit français*, Paris, La documentation française, EDCE, 2000, p. 54).

III. Exposé de la thèse

58. Les ordres juridiques français et de l'Union européenne ont adhéré à la doctrine de l'incorporation du droit international¹⁷¹. Les obligations conventionnelles peuvent dès lors y produire des effets de droit sans que les autorités normatives internes n'aient édicté un quelconque acte de transformation. Ce choix opéré par les constituants français et de l'Union européenne a perméabilisé leur ordre juridique aux normes conventionnelles. La Cour de justice et le Conseil d'État contrebalancent la perméabilité constitutionnelle de ces ordres juridiques à la norme conventionnelle, en subordonnant leur application à la satisfaction de conditionnalités qui se sont dégagées de leur jurisprudence¹⁷². La médiation juridictionnelle est pour cette raison le principal instrument de limitation des effets juridiques produits par la norme conventionnelle dans les ordres juridiques français et de l'Union. Cette médiation s'exerce lorsque les juridictions internes se prononcent sur l'invocabilité d'une stipulation conventionnelle devant leur prétoire. Le choix opéré par le juge de lui reconnaître ou non un effet direct reste alors le facteur déterminant de l'admission de son invocabilité par les personnes privées. Dans ce contexte, cette thèse s'attache à analyser les filtres subordonnant l'invocabilité des règles conventionnelles devant le Conseil d'État et la Cour de justice. Elle évalue ensuite la pertinence de l'usage de ces filtres, et singulièrement celui de l'effet direct, qui exercent une influence considérable sur l'effectivité du droit conventionnel¹⁷³, dans la

¹⁷¹ V. *supra*, cette Introduction, I, A, 2), b).

¹⁷² Confronté à l'invocation d'une stipulation conventionnelle, le juge interne décide, sur la base de critères définis par le droit interne, s'il entend donner effet à du droit interne d'origine internationale. André NOLLKAEMPER explique ainsi que « *to give "direct effect" to a rule of international law does not mean that a court applies an international obligation independent from domestic law. In the final analysis, the application of all rules of international law is contingent on domestic law, just as the application of domestic law by international courts is contingent on a rule of international law. In this formal respect international and domestic legal orders remain self contained. [...] What is meant by direct effect is that the enforcement, whether by court or executive branch, of an international obligation is not dependent on subsequent legislation that makes particular obligation part of domestic law* », (*National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 120). Traduction : « Conférer l'effet direct à une règle de droit international ne signifie pas qu'une juridiction applique une obligation internationale dépourvue de lien avec le droit interne. En dernière analyse, l'application de toutes les règles de droit international est contingente car repose sur du droit interne, à l'instar de l'application du droit national qui repose sur des règles de droit international dans l'ordre international. [...] Ce que l'on entend par effet direct, c'est signifier que la mise en application, par le pouvoir exécutif ou judiciaire, d'une obligation internationale n'est pas dépendante de l'intervention d'une législation complémentaire qui incorpore cette obligation dans le droit interne ».

¹⁷³ Cette effectivité, largement tributaire de la disposition du juge à lui attacher des effets, désigne selon le professeur Luc HEUSCHLING « *le problème de la conformité ou de la mise en conformité des normes inférieures aux normes supérieures* », (« Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/ du droit. Analyse des mots et des concepts », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.),

mesure où elle subordonne en principe son aptitude à entrer dans le débat juridictionnel¹⁷⁴. Elle expose enfin une théorie de l'invocabilité qui est en mesure d'offrir au droit conventionnel l'effectivité à laquelle son statut constitutionnel lui permet de prétendre.

59. La France et l'Union européenne ont signifié dans leur norme fondamentale leur adhésion aux principes de l'État ouvert au droit international¹⁷⁵ : une action en faveur du développement du droit international¹⁷⁶ et des effets juridiques que les normes qui le composent produisent dans l'ordre interne¹⁷⁷. L'adhésion au second principe de l'ordre juridique ouvert au droit international se formalise principalement dans la reconnaissance du caractère obligatoire et de la prévalence des engagements internationaux réceptionnés par voie

L'efficacité de la norme juridique, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-60 (45)) ; On s'écarte ici de l'approche de ce concept adopté en sociologie juridique. Pierre LASCOUMES définit ainsi l'effectivité de la règle comme « *le degré de réalisation dans les pratiques sociales, des règles énoncées dans le droit* », (« Effectivité », in ARNAUD (A.-J.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 218). Jacques COMMAILLE considère que l'effectivité « *suggère la comparaison entre un modèle normatif de comportement et les conduites réelles de ses destinataires, c'est-à-dire l'étude de la correspondance entre les règles de droit et les comportements* », (« Effectivité », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 583). En toute hypothèse, quelle que soit l'approche retenue du concept d'effectivité de la règle, force est de constater que celle-ci est favorisée par sa prise en considération dans le débat juridictionnel.

¹⁷⁴ Jean RIVERO relevait que « *la règle de droit, c'est dans sa conception dominante et aussi dans l'opinion la règle dont la violation appelle l'intervention du juge ; de cette intervention, elle tire sa spécificité théorique par rapport aux autres règles de conduite, et son efficacité pratique* », (« Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Etudes juridiques, offertes à Léon Julliot de La Morandière par ses élèves et ses amis*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 457-469 (457)). De ce point de vue, la norme non invocable devant le juge ne peut prétendre à la qualité de règle de droit. Tel n'est pas notre angle d'analyse qui tend de son côté à considérer qu'en telle situation, la norme se trouve privée des conséquences contentieuses de son caractère obligatoire et de sa primauté, et, *ipso facto*, de perspectives d'effectivité. Sur ce point, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁷⁵ L'*offener Staat* favorise le développement des normes internationales (premier principe) et la production par le droit international d'effets juridiques dans l'ordre interne (second principe), (V. Rainer WAHL, « Der offener Staat und seine Rechtsgrundlagen », *Juristische Schulung*, décembre 2003, vol. 12, pp. 1145-1151 ; Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 298).

¹⁷⁶ L'adhésion de l'Union européenne au premier principe de l'État ouvert est explicite aux termes de l'article 3, paragraphe 5 du Traité sur l'Union européenne (« *Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue [...] au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies* »). La volonté de promouvoir le développement du droit international est moins clairement explicitée dans la Constitution française, mais on en trouve une expression dans l'alinéa 15 du préambule de 1946 (« *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* »).

¹⁷⁷ Le second principe de l'État ouvert au droit international est la promotion des effets juridiques de la norme internationale dans l'ordre interne. Dans l'ordre juridique français, il est défendu par l'article 55 de la Constitution de 1958 (« *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »), et par l'alinéa 14 de son préambule de 1946 (« *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international...* »). Dans l'ordre juridique de l'Union, c'est l'article 216, paragraphe 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui promeut son respect (« *Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres* »).

d'incorporation sur les actes juridiques infra-constitutionnels¹⁷⁸. Or, la subordination de l'invocabilité de la règle conventionnelle à son effet direct, c'est-à-dire à son aptitude à émettre un droit subjectif, interdit d'attacher des effets juridiques à la norme conventionnelle dépourvue d'effet direct et, par voie de conséquence, à la règle constitutionnelle de hiérarchie qui lui attribue sa primauté. De fait, les violations des obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct par les autorités normatives françaises et de l'Union ne peuvent que très exceptionnellement être juridictionnellement sanctionnées¹⁷⁹, dès lors que, par principe, aucun justiciable ne peut porter utilement l'irrégularité présumée à la connaissance du juge de la légalité des actes internes. Si bien que l'immunité juridictionnelle relative dont bénéficient les règles internes adoptées en violations des nombreuses obligations conventionnelles auxquelles la Cour de justice et le Conseil d'État français ne reconnaissent pas d'effet direct constitue un angle mort de l'Union/ État de droit.

60. Cette thèse entend présenter une théorie objective de l'invocabilité, susceptible d'être mobilisée dans les voies de droit dont la fonction consiste à contrôler la légalité des actes internes. Les germes de cette théorie objective de l'invocabilité, détachée de l'aptitude de la norme à produire un droit subjectif, sont déjà présents dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État français. Les personnes privées peuvent par exemple revendiquer la prise en considération du droit conventionnel dépourvu d'effet direct, pour interpréter le droit interne à sa lumière. Mais l'utilité de cette forme d'invocabilité trouve ses limites en cas d'antinomie manifeste des normes interne et externe, dans la mesure où l'interprétation

¹⁷⁸ Le caractère supra-législatif du droit international sur le droit interne a été consacré par l'arrêt *Nicolo* dans la jurisprudence administrative française (CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.), et par l'arrêt *International Fruit Company* dans l'ordre juridique de l'Union (CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc.). Son caractère infra-constitutionnel a été précisé par le Conseil d'État français dans l'arrêt *Sarran* (CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher e.a.*, préc.), et par l'arrêt *Kadi* dans l'ordre juridique de l'Union européenne (CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, préc.). Pour une étude approfondie de ces règles jurisprudentielles de hiérarchie, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section préliminaire.

¹⁷⁹ Ces exceptions sont constituées de l'invocabilité des accords internationaux mis en exécution par le droit dérivé de l'Union (CJCE, 8 Juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc.), de l'invocabilité de règles conventionnelles processuelles portant des normes équivalentes au droit processuel de l'Union (CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.), de l'invocabilité des règles conventionnelles par les requérants privilégiés pour contester la régularité du droit dérivé, (CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc.), et de l'invocabilité du droit conventionnel pour engager la responsabilité des autorités normatives françaises violant ses prescriptions, (CE, ass., 8 Février 2007, *Gardedieu*, préc.). Pour une présentation des différentes formes d'invocabilité du droit conventionnel qui sont fondées sur le principe de primauté et dissociées de la conditionnalité d'effet direct, V. *infra*, partie 2, Titre 1, chapitre 1.

conforme ne peut alors être opérée. C'est en cette hypothèse qu'apparaît l'opportunité de la création d'une forme d'invocabilité autonome de l'effet direct, qui trouverait sa base juridique dans la primauté du droit conventionnel et accorderait aux justiciables le droit de se prévaloir de tout élément de la légalité conventionnelle aux fins de contester la conformité à ses prescriptions des règles internes de rang inférieur. Il n'appartiendrait pas au juge de donner effet à un droit subjectif conventionnel, mais de dissoudre une antinomie entre différentes composantes du droit objectif de son ordre juridique d'appartenance. Les actes juridiques adoptés en violation des règles conventionnelles, porteuses ou non de droits subjectifs et non soumis à la condition de réciprocité d'application, seraient ainsi sujets à invalidation/inapplication juridictionnelle¹⁸⁰. Si bien que l'intégrité de la hiérarchie interne des normes serait garantie et l'engagement de la responsabilité internationale prévenue.

61. L'ouverture des ordres juridiques français et de l'Union à la norme conventionnelle engendrée par la reconnaissance de cette forme d'invocabilité doit tout de même être assortie du maintien de quelques filtres juridictionnels. De la sorte, celle-ci éviterait de succomber à une « *théologie politique* »¹⁸¹, qui commanderait la sanction juridictionnelle de tout comportement internationalement illicite, sans considération pour les incidences pratiques potentiellement négatives qu'une application systématique de la règle conventionnelle est susceptible d'impliquer¹⁸². En premier lieu, la réciprocité d'application pour ceux des accords qui sont fondés sur le principe de réciprocité et d'avantages mutuels, au premier rang desquels figurent les accords conclus sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, doit continuer de conditionner leur invocabilité. Le refus de l'invocabilité de ces accords, motivé par leur défaut d'application réciproque, garantit en effet la protection des intérêts des

¹⁸⁰ L'effet attaché à l'inconventionnalité varie selon la nature juridique de l'acte interne dont l'irrégularité est constatée, et selon le type de procédure ayant mené au prononcé du jugement, V. *infra*, partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2.

¹⁸¹ Martti KOSKENNIEMI considère en effet que le discours relatif à la promotion de la protection juridictionnelle de la légalité internationale relève, sur le continent européen, de la « *political theology* » (théologie politique), (« International Law in Europe : Between Tradition and Renewal », *EJIL*, 2005, pp. 113-124 (120)).

¹⁸² Pour une présentation des incidences négatives d'un élargissement de l'invocabilité du droit international économique sur les politiques sociale, environnementale ou sanitaire des États parties, V. Thomas COTTIER, « A Theory of Direct Effect in Global Law », in Armin VON BOGDANDY, Petros C. MAVROIDIS, Yves MENY, (dir.), *European integration and international Co-ordination*, La Haye/ Londres/ Boston, Kluwer Law International, 2002, p. 199-224. L'auteur observe que « *as long as WTO law has not achieved the potential to fully integrate these concerns – either by way of case law or legislation – full and prompt effect of WTO law may threaten such policies domestically* », (*ibid.*, pp. 114-115). Traduction : « aussi longtemps que le droit de l'OMC n'aura pas pleinement intégré ces préoccupations – par voie de jurisprudence ou de législation – un effet complet et immédiat du droit de l'OMC menacerait de telles politiques internes ». V. également, Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits- Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, op. cit.*, pp. 879-890.

opérateurs économiques de l'Union¹⁸³, et plus largement du modèle de société que l'Union européenne entend protéger¹⁸⁴. Ensuite, dans le souci de ne pas perturber la répartition constitutionnelle des pouvoirs, il convient de moduler l'intensité du contrôle de conventionnalité selon la densité normative de l'obligation conventionnelle invoquée¹⁸⁵. Les juridictions internes se cantonneraient à un contrôle d'intensité minimale lorsque le respect d'une obligation conventionnelle imprécise est en cause : seuls les actes juridiques constitutifs d'une violation manifeste de celles-ci doivent être exposés à une invalidation/ inapplication. La marge d'appréciation dont bénéficient le législateur et l'exécutif pour mettre en œuvre les stipulations conventionnelles imprécises ne doit pas être abolie par le constructivisme des interprétations que les organes juridictionnels en délivrent¹⁸⁶. C'est ainsi que la sanction juridictionnelle ne devrait intervenir que lorsqu'un produit juridique législatif ou exécutif compromettrait la réalisation de l'obligation internationale en cause.

62. La théorie objective de l'invocabilité qui est défendue dans cette thèse permet ainsi de créer un équilibre entre différentes valeurs qui informent les ordres juridiques français et de l'Union : le caractère hiérarchisé des normes qui les composent, l'équilibre des pouvoirs répartis entre les autorités normatives qui y agissent et les intérêts sociaux et économiques des personnes privées qui en sont les sujets.

¹⁸³ Giuseppe TESAURO, 13 novembre 1997, conclusions sur CJCE, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, C-53/96, *Rec.p.* I-3603, pt. 31. Le défaut d'invocabilité des règles OMC expose toutefois les opérateurs économiques de l'Union victimes des contre-mesures adoptées par les partenaires commerciaux lésés par l'illicéité commise par l'Union. La Cour de justice refuse en effet d'indemniser les préjudices économiques causés à ces opérateurs économiques par les contre-mesures au moyen de l'instauration d'un mécanisme d'engagement de la responsabilité sans faute des institutions de l'Union : CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 128.

¹⁸⁴ Hélène RUIZ-FABRI soutient que le défaut de l'invocabilité de certaines règles internationales est une nécessité « particulièrement en droit de l'OMC et en droit des investissements, où la rigueur des engagements pris rend difficile l'adoption de politiques publiques répondant à des préoccupations évolutives comme celles relatives à l'environnement, à la santé, à la protection sociale ou des droits humains », (« Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013, op. cit.*, pp. 189-195 (195) ; V. également, du même auteur, « Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO Obligations? », *EJIL*, 2014, pp. 151-173 (167-168)).

¹⁸⁵ La limitation de l'intensité du contrôle de légalité du droit interne à l'erreur manifeste d'appréciation a permis de cette manière la reconnaissance de l'invocabilité, devant la Cour de justice et le Conseil d'État, de normes internationales coutumières, et constitutionnelles, alors même que celles-ci étaient incomplètes, concernant la source coutumière, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, B ; concernant la source constitutionnelle, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1.

¹⁸⁶ John H. JACKSON, « Status of Treaties in Domestic Legal System : a policy analysis », préc., pp. 324-325.

IV. Méthodologies et formes de métadiscours juridique employées

63. Trois modèles de discours¹⁸⁷ orientent l'analyse de l'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'État développée dans cette thèse : les discours descriptif, évaluatif et prescriptif¹⁸⁸. L'usage indifférencié de ces trois genres de discours apparaît *a priori* « anti-scientifique »¹⁸⁹, car il nuit à l'identification de l'objet étudié, ainsi que des méthodes employées pour réaliser l'analyse¹⁹⁰. Cet objet oscille entre le *sein* constitué par la norme juridique décrite par l'étude *de lege lata* – les règles d'invocabilité telles qu'elles sont – et le *sollen* formé par la prescription doctrinale procédant de l'étude *de lege ferenda*, les règles d'invocabilité telles qu'elles devraient être¹⁹¹. C'est donc pour distinguer les développements se situant « dans l'ordre du savoir », de ceux prenant place « dans l'ordre de l'action »¹⁹², qu'il convient de différencier les discours descriptif, évaluatif et prescriptif sur l'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'État français. L'analyse *de lege lata* descriptive expose et systématise les conditions

¹⁸⁷ On entend par « discours » un modèle d'analyse du droit.

¹⁸⁸ Cette catégorisation ternaire est empruntée à Didier TRUCHET qui attribue trois fonctions à la doctrine, les fonctions pédagogique, critique et prospective. À chacune de ces fonctions répond dans cette thèse une forme de discours : descriptif, évaluatif, et prescriptif, (« Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 769-777 (769-770)). Cette triple fonction de la doctrine est également présentée par Jacques CHEVALLIER, (« Rapport de synthèse », in *La doctrine en droit administratif : actes du [3e] colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier*, Paris, Litec, 2010, pp. 235-246 (237)). L'auteur a précisé sa compréhension de ce triptyque en écrivant que la connaissance du droit permise par l'interaction de ces trois discours pédagogique est « "intéressée" : il s'agit d'apporter une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions », (« Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, pp. 103-120 (105)).

¹⁸⁹ Anders Vilhelm LUNDSTEDT considère que le discours critique sur le droit n'est pas anti-scientifique, bien que ne se revendiquant pas scientifique ; mais au contraire, « ce qui est anti-scientifique, c'est de confondre les jugements de valeurs et les jugements [...] descriptifs des réalités extérieures », (V. Stig STRÖMHOLM, Hans-Heinrich VOGEL, *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975, p. 82).

¹⁹⁰ La catégorisation des discours juridique permet « d'un côté, de ne pas confondre a priori les types de méthodes et de méthodologies à l'œuvre à chacun de ces niveaux, tout en intégrant, d'un autre côté, la diversité des conceptions possibles de leurs relations », (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 28).

¹⁹¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS relève que « les énoncés descriptifs sont relatifs à des faits [...]. Ils peuvent être qualifiés d'empiriques dans la mesure où ils cherchent à décrire (et portent sur) des choses, des faits, des phénomènes ou encore des comportements observables dans la réalité ». Tandis que « les énoncés prescriptifs (dits aussi normatifs) expriment un devoir être », ce dernier ayant « souvent pour préalable des énoncés évaluatifs, c'est-à-dire émettant un jugement sur une norme ou un ensemble de normes juridiques. », (*ibid.*, pp. 272 et 279).

¹⁹² François OST et Michel VAN DE KERCHOVE inscrivent dans l'ordre du savoir, le travail de description des règles constitutives d'un ordre juridique particulier, et, dans l'ordre de l'action, le plaidoyer en faveur d'une règle proposée par l'auteur, qui la considère comme devant s'imposer dans l'ordre juridique, (*Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, éditions des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 43-46).

d'invocabilité du droit conventionnel liant la France et l'Union européenne (Titre 1 – Partie 1, Titre 1 – Partie 2). L'analyse *de lege ferenda* évaluative identifie les incohérences introduites par ce régime d'invocabilité dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne (partie 1 – Titre 2). Enfin, l'analyse *de lege ferenda* prescriptive entend proposer un régime d'invocabilité en meilleure harmonie avec les principes constitutionnels qui fondent ces ordres juridiques (partie 2 – Titre 2). Il convient de préciser la fonction de chacun de ces discours et la méthodologie employée pour le construire.

A. Discours *de lege lata* descriptif

64. L'analyse descriptive *de lege lata* s'appuie sur une étude du droit appliqué. Elle tend à exposer et expliquer systématiquement les critères, tels l'effet direct ou la réciprocité d'application, qui sont employés par le juge pour accorder ou dénier au justiciable le droit de se prévaloir de la norme conventionnelle. Une théorie de l'invocabilité des accords internationaux, telle qu'appréciée par la Cour de justice et le Conseil d'État français, est alors développée. S'appuyant sur un examen exhaustif des arrêts à l'occasion desquels ces juridictions ont été appelées à se prononcer sur cette question¹⁹³, ce travail s'attache à identifier, par une démarche inductive, les principes qui déterminent leur action en la matière. Le discours *de lege lata* aspire à la neutralité¹⁹⁴, dans la mesure où il n'a d'autre prétention que de dresser l'état des règles relatives à l'invocabilité des traités appliquées par les

¹⁹³ 320 arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne, et 210 arrêts du Conseil d'État français (recensés en annexe) constituent la base empirique de cette étude.

¹⁹⁴ Selon certaines théories, au premier rang desquelles celles présentes dans les écrits de Hans Kelsen, cette neutralité est toutefois désignée comme inaccessible autrement que par la répétition littérale des énoncés juridiques appliqués, (*Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 77-116). Michel TROPER présente alors l'inutilité de la science juridique comme le premier risque de la neutralité épistémologique de la science juridique défendue par Kelsen. Sa théorie réaliste de l'interprétation permet à l'auteur de conserver une utilité à la science juridique, dès lors que « *la norme est le résultat d'une interprétation, la proposition du droit ne fait plus double emploi avec la loi* » (« Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in Paul AMSELEK, (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, 310-324 (321-323)) ; Il reste que pour de nombreux auteurs, tout autre travail que la simple répétition des énoncés juridiques écrits, même d'ordre descriptiviste, ne peut accéder à la neutralité, car le descripteur – orienté par les schémas conceptuels forgeant sa compréhension du droit – « *accomplit [...] des lectures sélectives et partielles du matériel juridique, utilisant des lunettes ou des lentilles qui servent à colorer, d'une manière ou d'une autre, ce qu'on observe* », (Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in Paul AMSELEK, (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 290) ; par ailleurs, le discours descriptif légitime la norme observée. La neutralité épistémologique n'est alors que le voile d'un soutien axiologique à la norme étudiée que formalise son analyse technique, V. *infra*, ce A, 3).

juridictions de Paris et Luxembourg¹⁹⁵. À cette fin, il convient de coordonner, d'organiser et d'éclairer les formules des solutions jurisprudentielles particulières retenues pour apprécier l'invocabilité des accords internationaux¹⁹⁶. Cette systématisation permet de constater une convergence partielle des techniques de filtrage de l'invocabilité employées par la Cour de justice et le Conseil d'État. De fait, bien que les méthodes d'interprétation employées pour examiner les critères conditionnant l'invocabilité du droit conventionnel convergent dans la jurisprudence de ces deux juridictions, les situations dans lesquelles elles admettent qu'il en soit fait ou non usage diffèrent substantiellement. De sorte qu'un système commun est élaboré sur la question de l'interprétation juridictionnelle de la réciprocité d'application et de l'effet direct des accords internationaux, tandis qu'une dualité de systèmes est créée pour ce qui concerne les hypothèses dans lesquelles leur invocabilité est admise alors que l'un ou l'autre de ces critères n'est pas satisfait¹⁹⁷.

65. Le discours descriptif sur le droit ne consiste pas seulement à énoncer des affirmations sur le passé (décrire le droit juridictionnellement appliqué par les juridictions), mais aussi à formuler implicitement des prévisions sur le futur (le droit soumis à l'observation du descripteur continue, sous réserve de revirement jurisprudentiel, à être applicable par les juridictions après la description)¹⁹⁸. Il présente en cela une utilité singulière pour le conseil juridique désireux d'obtenir l'application juridictionnelle d'une stipulation conventionnelle,

¹⁹⁵ L'ambition descriptive de ce discours exige d'ailleurs la neutralité, puisqu'à chaque fois qu'« *un homme de science fait intervenir son propre jugement de valeur, il n'y a pas de compréhension intégrale des faits* », (Max WEBER, *Métier et vocation du savant*, Paris, Union générale d'éditions (10/18), 1963, p. 89.

¹⁹⁶ Il est ici fait référence à Jean RIVERO, selon qui l'exercice de systématisation « *des solutions particulières* » exige « *de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer en une matière intelligibles* », (« Apologie pour les faiseurs de système », *D.*, 1951, pp. 99-103 (100)).

¹⁹⁷ S'il apparaît que les principes communs ne se dégagent pas avec évidence des solutions particulières, il est inutile, et dangereux, de créer une unité de systèmes. Aussi, pour reprendre le vocabulaire de Jacques CHEVALLIER, il est possible d'avancer que la mise en système de solutions non convergentes revient non plus « *à établir des chaînons manquants entre les productions juridiques singulières* » comme le veut l'effort de systématisation, mais à substituer des chaînons logiques aux productions juridiques singulières qui se combinent mal à leurs mailles, (« Rapport de synthèse », in *La doctrine en droit administratif : actes du [3e] colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier, op. cit.*, pp. 235-246 (237)). Autrement dit, c'est au prix d'une dénaturer de la réalité du droit appliqué qu'est alors créé un système unitaire.

¹⁹⁸ Alf ROSS, *On Law and Justice*, Londres, Stevens, 1958, § 9. L'énoncé descriptif constitue en effet, en creux, un énoncé prédictif puisque « *les prédictions s'effectuent à partir de la connaissance d'un certain nombre d'éléments ou de facteurs : décisions juridictionnelles antérieures dont on suppose qu'elles se répéteront, configuration du système juridique et répartition des pouvoirs dont on suppose qu'elles produiront telles conséquences, idéologies des juges ou d'autres autorités normatives...* », (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit, op. cit.*, p. 275). Selon Michel TROPER, l'étude du droit appliqué et du droit applicable relève toutefois de deux disciplines distinctes : la science juridique pour la première, et la dogmatique juridique pour la seconde, (« Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in Paul AMSELEK, (dir.), *Théorie du droit et science, op. cit.*, p. 319).

en rendant prédictible la réponse qui sera apportée par le juge à cette prétention¹⁹⁹. À rebours, il offre aux autorités normatives administrative ou législative les moyens de prévoir celles de ces stipulations qui leur seront opposables au contentieux²⁰⁰. Il met à disposition du sujet de droit français et de l'Union européenne un instrument de connaissance permettant de déterminer quand, et à quels fins, les accords internationaux peuvent être appliqués, ou employés comme référentiels d'interprétation, par les juridictions garantes de la conventionnalité du produit normatif de l'administration et du législateur.

B. Discours *de lege ferenda* évaluatif

66. L'analyse critique *de lege ferenda* examine la cohérence des règles d'invocabilité des accords internationaux avec les valeurs qui informent l'ordre juridique dans lequel elles sont appliquées. La recherche évaluative « *s'entend [...] comme un jugement de valeur porté sur la production juridique* »²⁰¹ jurisprudentielle, précédemment présentée dans le cadre du discours *de lege lata* descriptif²⁰². Il convient alors d'identifier les valeurs employées comme critère d'évaluation de la qualité du produit juridique de la Cour de justice et du Conseil d'État français²⁰³. Il s'agit d'une valeur constitutionnelle : le principe de légalité des actes internes,

¹⁹⁹ C'est ce que Gaston JEZE qualifiait d'utilité pratique de l'œuvre du théoricien du droit, (« De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *R.D.P.*, 1914, p. 311).

²⁰⁰ En connaissant les règles conventionnelles qui pourront être invoquées ou non à l'encontre de leur production normative devant une juridiction, ces autorités retrouvent la pleine liberté d'usage des normes les habilitant à édicter des actes juridiques. Ces autorités peuvent ainsi « *exercer une liberté qui n'existe plus dès que celui qui prétend en user ignore les conséquences du geste qu'il pose* », (Jean RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de système », préc., p. 101).

²⁰¹ Xavier DUPRE DE BOULOIS, « La critique doctrinale », in *La doctrine en droit administratif : actes du [3e] colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier, op. cit.*, pp. 217-232 (218). Cette forme de discours dénote « *une attitude pratique. Elle conduit à opérer une rupture axiologique qui produit un discours d'évaluation opérée à partir de choix de valeurs alternatifs à celui du discours objet* (le produit juridique analysé). Elle conduit à l'apprécier en termes de bien ou de mal, de juste ou d'injuste... », (François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit.*, p. 27).

²⁰² Norberto BOBBIO remarque que pour le juriste positiviste, la démarche évaluative qui imprègne les discours critique et prospectif ne peut pas revendiquer une quelconque scientificité. En effet « *si la science est a-évaluative ou n'est pas une science, la méthode positiviste est purement et simplement la méthode scientifique* ». L'usage de toute méthode autre que descriptive « *n'est pas de la science mais de la philosophie ou de l'idéologie du droit* », (*Il positivismo giuridico*, Torino, Giapichelli editore, 1996, p. 250, cité et traduit par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, in *Méthodologies du droit et des sciences du droit, op. cit.*, p. 27).

²⁰³ Dès lors que ce travail d'évaluation procède d'un choix de valeurs, il apparaît clairement, comme le relève Didier TRUCHET, que « *La critique doctrinale est nécessairement subjective : elle reflète les convictions de toute nature de son auteur* », (« Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges Paul*

qui exige la conformité des actes émis par les autorités normatives et exécutives au droit conventionnel²⁰⁴. Or, l'emploi du critère de l'effet direct est susceptible de neutraliser le système juridictionnel d'examen de la légalité des actes normatifs français et de l'Union européenne et, *ipso jure*, de porter atteinte au principe de légalité et à la force obligatoire du droit conventionnel. Ce discours critique se justifie si l'on admet, avec la doctrine juspositiviste, que « *la soumission au droit positif [peut] avant tout être entendue comme fidélité à la constitution, où une société inscrit ses valeurs les plus hautes, donne la plus haute représentation d'elle-même* »²⁰⁵. Il faut toutefois noter que cette approche implique de concevoir les valeurs qui informent les constitutions comme un ensemble monolithique et cohérent. Or, la difficulté rencontrée lors de l'analyse critique des conditions d'invocabilité du droit conventionnel réside précisément en la coexistence dans l'ordre constitutionnel de valeurs appelant des régimes d'invocabilité du droit conventionnel distincts. De telle manière qu'il est nécessaire d'opérer un arbitrage entre ces valeurs : le choix de l'équilibre des pouvoirs exige un ancrage de la théorie de l'invocabilité dans l'effet direct, tandis que la préférence pour le principe de légalité des actes internes et pour la garantie du caractère obligatoire des traités dicte une scission du couple invocabilité/ effet direct.

67. Le Conseil d'État et la Cour de Justice ont opéré un tel arbitrage. Ces juridictions ont accordé leur préférence au principe d'équilibre des pouvoirs, en limitant au moyen du filtre de l'effet direct leur pouvoir d'exécution des traités, qui reste l'apanage des autorités normatives législatives et exécutives lorsque la norme conventionnelle souffre d'imprécision. Et la défense de cette valeur est assurée au prix d'une affectation du principe constitutionnel de légalité des actes internes qui se trouve violé lorsque les juridictions de Paris et Luxembourg refusent de juger la conformité des produits juridiques internes aux obligations

Amselek, op. cit., p. 770). En conséquence, on ne peut raisonnablement prétendre à la neutralité dans le cadre du discours évaluatif.

²⁰⁴ Le principe de légalité des actes internes est ici entendu *lato sensu*, il ne se réduit pas à la conformité des actes administratifs aux lois, mais concerne la conformité de l'ensemble des actes juridiques d'un ordre juridique aux autres actes juridiques de rang supérieur valides dans le même ordre juridique.

²⁰⁵ Ulberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruylant, Bruxelles, p. 99. C'est pourquoi, si l'on suit Ulberto Scarpelli, la fidélité « *aux valeurs inscrites dans la tradition libérale et démocratique de l'État* » implique d'« *adopter par voie de conséquence une attitude ouverte de non compromission absolue avec le pouvoir* », (Letizia GIANFORMAGGIO, « Préface », *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, Bruylant, Bruxelles, p. XII). Dans cette thèse, la non compromission avec le pouvoir se traduit par un regard critique sur le produit jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil d'État français. L'école réaliste scandinave a auparavant mis en évidence l'intérêt de l'analyse évaluative en doctrine juridique. Anders Vilhelm LUNDSTEDT considérait ainsi que le principe de « *bien public* » exige « *d'étendre le travail juridique au-delà de la science au sens propre* », c'est-à-dire au-delà de l'activité de description de la norme, pour atteindre « *le domaine de l'évaluation* », (Stig STRÖMHOLM, Hans-Heinrich VOGEL, *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit, op. cit.*, p. 81).

conventionnelles sans effet direct. La neutralité de la description *de lege lata* de cet arbitrage juridictionnel, opéré dans le cadre du discours descriptif, peut être comprise comme en légitimant les termes. En effet, Danièle Lochak a su démontrer qu'il ne faut pas oublier « *que le droit n'est pas neutre et lui-même porteur de valeurs* » et, qu'en conséquence, l'analyse descriptive du droit « *sous couvert de respecter la neutralité, contribue à diffuser les valeurs sous-jacentes à la législation [ici la jurisprudence] en vigueur et à renforcer la croyance en leur légitimité* »²⁰⁶. Dans ce contexte, le discours *de lege ferenda* évaluatif se donne précisément pour objet de se départir de cette neutralité, et d'expliciter dans quelle mesure l'arbitrage de valeur opéré par la Cour de justice et le Conseil d'État au profit de la séparation des pouvoirs est inconciliable avec les principes de légalité et le caractère obligatoire du droit conventionnel. Ce type de discours recourt à des raisonnements analytiques qui « *partent de prémisses ou de propositions primitives qui ont une correspondance dans la réalité, en l'occurrence dans le droit positif observé et analysé* », ici l'existence du principe de légalité et du caractère obligatoire du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union. Par la suite, les raisonnements analytiques « *peuvent aboutir, aux termes d'une série d'inférences logiques, à des propositions dérivées qui seront analytiquement vraies mais non nécessairement vérifiées en raison de l'absence de conclusions identiques tirées par les autorités normatives, voire falsifiées si les autorités normatives raisonnent sans prêter attention à la logique* »²⁰⁷. Il s'agit donc d'employer un raisonnement analytique pour présenter les conséquences juridiques qui devraient être attachées à la norme conventionnelle en vertu de son caractère obligatoire et du principe de légalité des actes internes, afin de déterminer dans quelle mesure la théorie subjective de l'invocabilité empêche leur réalisation dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne.

68. Après avoir identifié les carences de la théorie subjective de l'invocabilité, il convient de développer un troisième type de discours cherchant à exposer un modèle d'invocabilité des accords internationaux susceptible de concilier les exigences procédant des principes constitutionnels précédemment identifiés.

²⁰⁶ Danièle LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible », in Paul AMSELEK, (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, pp. 293-309 (294).

²⁰⁷ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 137.

C. Discours *de lege ferenda* prescriptif

69. *De lege ferenda* également, le discours prescriptif entend proposer une forme d'invocabilité permettant d'accorder ses pleins effets au caractère obligatoire et à la primauté du droit conventionnel. Même s'il prescrit la modification de certaines règles juridiques appliquées, ce discours entend « conforter une adhésion renforcée à l'égard de l'ensemble du système, le but de l'opération étant de restaurer la cohérence logique, ou l'harmonie idéologique de l'ordre juridique global »²⁰⁸. L'analyse présente alors « une solution, c'est-à-dire une ligne de conduite »²⁰⁹ se destinant aux juges. Ce travail se nourrit des enseignements de l'école constructiviste qui considère que le sujet se livrant à une activité de connaissance interagit avec l'objet étudié et, dans une mesure variable, en modifie les propriétés²¹⁰. Vittorio Villa observe que dans l'approche constructiviste, la connaissance juridique constitue « une pratique sociale qui comporte une intervention active sur la réalité », dans la mesure où elle « constitue toujours une intervention sur le droit, une manière de reconstruire le champ d'expérience juridique qui part invariablement d'un schéma conceptuel implicitement ou explicitement prédéterminé »²¹¹. Contrairement aux discours descriptifs et évaluatifs, la connaissance juridique recherchée dans le discours prescriptif tend à influencer sur le discours du droit²¹². Cette finalité de l'analyse prescriptive procède de son objet, qui tient, après examen

²⁰⁸ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, éditions des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 46. Ces propriétés du discours prospectif le distancient fortement de la science juridique. Jacques CHEVALLIER a en effet expliqué que la science juridique exige « le refus du pragmatisme par lequel le chercheur se placerait dans l'ordre de l'action, en cherchant à agir sur la réalité qu'il étudie », mais aussi « le refus du normativisme, par lequel le chercheur a pour ambition de poser des normes, des préceptes, des principes qu'il conviendrait d'appliquer », et enfin « la distance vis-à-vis des idéologies, qui tendent à brouiller le regard du chercheur, en l'amenant à se référer à certaines valeurs », (« Doctrine juridique et science juridique », préc., p. 110). Or force est d'admettre que le pragmatisme, le normativisme et, dans une certaine mesure, l'idéologie, sont sous-jacents au discours prospectif.

²⁰⁹ Pierre PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 50. Le père du droit de l'intégration affecte de cette manière à la doctrine juridique la responsabilité d'adopter la posture constructiviste dès lors qu'il estime que la science du droit est « normative, au sens où elle nous fournit des préceptes d'action », (*ibid.*, p. 50).

²¹⁰ Jean PIAGET a écrit que « [l]a position constructiviste ou dialectique consiste [...] en son principe même, à considérer la connaissance comme liée à une action qui modifie l'objet et qui ne l'atteint donc qu'à travers les transformations introduites par cette action. En ce cas le sujet n'est plus face à l'objet, – et sur un autre plan –, à le regarder tel qu'il est ou à travers des lunettes structurantes : il plonge dans l'objet par son organisme, nécessaire à l'action, et réagit sur l'objet en l'enrichissant des apports de l'action », (*Logique et connaissance scientifique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 1244).

²¹¹ Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in Paul AMSELEK, (dir.), *Théorie du droit et science*, op. cit., pp. 288 et 290.

²¹² La téléologie est une propriété du discours constructiviste, dans lequel « [l]'acte cognitif tout entier a un caractère intentionnel et donc finalisé. La connaissance construite par cet acte est elle-même finalisée et elle

de la pertinence des règles juridiques dans le discours évaluatif, à « *suggérer, au moins théoriquement, leur évolution* »²¹³.

70. Il s'agit en l'occurrence d'élaborer un modèle d'invocabilité protecteur des principes constitutionnel de primauté du droit conventionnel et de légalité des actes internes. Les contours d'un régime d'invocabilité trouvant sa base juridique dans la primauté des traités, détaché de la vérification de l'existence d'un droit subjectif conventionnel, sont ainsi dessinés. En permettant aux personnes privées de provoquer le contrôle juridictionnel de la conformité des actes normatifs internes à toute prescription conventionnelle applicable, cette théorie objective de l'invocabilité permet d'ériger le respect des accords internationaux, pourvus ou non de l'effet direct, en condition de la légalité de ces normes internes. Cette construction prend en considération les exigences dérivant du principe d'équilibre des pouvoirs en limitant l'intensité du contrôle conventionnalité dans lequel la norme conventionnelle de référence est imprécise. De « *la pratique théorisée* » présentée dans le discours pédagogique, on parvient dans le discours prospectif à « *une théorie de la pratique* »²¹⁴, dont la mise en application serait susceptible de restaurer la cohérence des ordres juridiques français et de l'Union européenne.

V. Exposé du plan

71. Les deux axes autour desquels s'articule cette thèse correspondent aux deux grandes théories de l'invocabilité des accords internationaux qui s'affrontent dans les discours et métadiscours juridiques français et de l'Union européenne.

72. La théorie subjective de l'invocabilité des accords internationaux reste dominante dans les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de justice. Les juridictions de Paris et de Luxembourg ont en effet subordonné le droit de se prévaloir d'une norme conventionnelle pour contester la validité d'un acte interne à son aptitude à porter un droit subjectif. L'aptitude

dépend de la finalité qui a été à la base de son explication », (Alex MUCCHIELLI, Claire NOY, *Études des communications : approches constructivistes*, Paris, Éditions Armand Colin, 2005, p. 31). Il est donc nécessaire de préciser la finalité de la connaissance recherchée.

²¹³ Didier TRUCHET, « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges Paul Amselek*, *op. cit.*, p. 773.

²¹⁴ Cette opposition a été élaborée par Jean-Jacques GLEIZAL et tend à mettre en évidence la complémentarité des analyses pédagogiques et prospectives en droit, (« L'enseignement du droit, la doctrine et l'idéologie », in *Pour une critique du droit. Du juridique au politique*, Paris, Maspero, 1978, pp. 71-113 (94)).

d'une règle conventionnelle à constituer un critère de la validité du droit interne est donc subordonnée à la vérification préalable de son effet direct. Ce lien qui associe l'invocabilité à l'effet direct entre en conflit avec la sauvegarde de la primauté des accords internationaux dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. En effet, lorsque le requérant réclame au juge le contrôle du respect du droit conventionnel par les autorités publiques, et non la protection d'un droit subjectif qu'il prétendrait en tirer, la conditionnalité d'effet direct autorise ces autorités à ne pas respecter les règles conventionnelles qui en sont dépourvues, alors même que ces règles sont supposées lier leur action normative en vertu de leur primauté (partie 1).

73. La théorie objective de l'invocabilité est sporadiquement appliquée par la Cour de justice et le Conseil d'État français. Dans le cadre de celle-ci, ces juridictions fondent le droit de se prévaloir des accords internationaux sur leur primauté. Les justiciables peuvent par exemple réclamer au juge une interprétation de la loi qui soit conforme à une règle conventionnelle, même dépourvue d'effet direct, en conséquence de la prévalence de la seconde sur la première. Il reste que le champ contentieux d'application de la théorie objective de l'invocabilité devrait s'étendre aux contentieux de la légalité français et de l'Union européenne. La reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel dans le cadre de ce contentieux permettrait de renforcer la cohérence de l'ordre juridique que l'État de droit tend à promouvoir, ainsi que de limiter les cas d'engagement de la responsabilité internationale que l'État ouvert au droit international cherche à éviter (partie 2).

Partie 1 : La prédominance contestable de la théorie subjective de l'invocabilité

74. La Cour de justice et le Conseil d'État ont élaboré une théorie subjective de l'invocabilité du droit conventionnel. Par principe, les juridictions de Paris et de Luxembourg lient à l'effet direct²¹⁵, c'est-à-dire au droit subjectif, le droit de se prévaloir d'une règle conventionnelle afin d'obtenir la sanction de sa violation par une autorité publique²¹⁶. Pour autant, les deux juridictions n'emploient pas les mêmes méthodes d'interprétation pour vérifier l'existence de ce droit. De sorte qu'une règle conventionnelle peut être jugée d'effet direct par l'une de ces juridictions, tandis que l'autre l'en considérerait dépourvue. Pour cette raison, il est nécessaire de préciser les règles régissant l'identification de la juridiction compétente pour interpréter les stipulations des accords mixtes, et tout particulièrement pour apprécier leur effet direct. En élargissant tendanciellement le champ des stipulations

²¹⁵ Cour de justice : CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, 21 à 24/72, *Rec.* p. 1219, com. Vlad CONSTANTINESCO, *J.D.I.*, 1973, pp. 524-527 ; CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc. pt. 14, com. Georg NOLTE, « Freedom of Movement for Workers and EEC-Turkey Association Agreement », *CML Rev.*, 1988, pp. 403-415 ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, *Rec.* p. I-13755, com. Isabelle BOSSE PLATIERE, Catherine FLAESCH-MOUGIN, « La Cour précise si et dans quelle mesure le droit international conventionnel et coutumier peut être invoqué directement par une personne physique ou morale aux fins de contester la validité d'un acte de l'Union », *R.T.D. eur.*, 2012, pp. 247-251 ; Gianni LO SCHIAVO, « Arrêt Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change », *R.D.U.E.*, 2012, pp. 736-741 ; Denys SIMON, « Droit international conventionnel et coutumier : l'invocabilité au cœur de la lecture juridictionnelle des rapports de systèmes – (à propos de l'arrêt Air Transport) », *Europe*, 2012, n°5, pp. 5-8 ; Conseil d'État: CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, *Leb.* p. 142, com. Paul CASSIA, Sophie ROBIN-OLIVIER, « L'invocabilité limitée des conventions internationales dans la jurisprudence administrative », *J.C.P. G*, 2012, pp. 1331-1335 ; Pascale DEUMIER, « Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ? Note sous Conseil d'État, Assemblée plénière, 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, requête numéro 322326 », *R.T.D.civ.*, 2012, pp. 487-493 ; Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « Les aléas de l'effet direct », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 936-943 ; Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc. ; Jean MATRINGE, « note sur Conseil d'État, 11 avril 2012, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL) », *R.G.D.I.P.*, 2012, pp. 936-944 ; Alice MINET, « L'effet direct des stipulations conventionnelles : la recherche d'une justiciabilité mesurée des traités internationaux », *J.C.P. A*, mai 2012, pp. 22-27. ; CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie et International Air Transport Association*, n° 347870, *Leb.* p. 398, com. Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 2373-2382.

²¹⁶ On est en présence d'une « invocabilité-sanction » lorsque le requérant réclame l'invalidation ou l'inapplication d'une règle interne inconventionnelle. Cette forme d'invocabilité ne peut accéder au titre d'invocabilité d'exclusion, car, à la différence de cette dernière, elle n'est nécessairement pas autonome de l'effet direct même si elle poursuit la même finalité, (V. Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 560-571 (571)).

conventionnelles mixtes dont l'interprétation relève de sa compétence, la juridiction de l'Union a développé son pouvoir d'appréciation de l'invocabilité des accords mixtes²¹⁷. La diffusion de l'influence de la Cour de justice sur l'évaluation de l'invocabilité des accords mixtes engage les juridictions des États membres à progressivement aligner les filtres qu'ils opposent à l'invocabilité du droit conventionnel sur ceux employés par la juridiction de l'Union. De cette manière, ces juridictions nationales évitent que l'invocabilité du droit conventionnel se trouve soumise à un régime bifide²¹⁸, dont le contenu changerait selon que la matière concernée par l'accord invoqué relève ou non d'un domaine largement couvert par le droit de l'Union²¹⁹. En reprenant le vocabulaire employé par la Cour pour désigner les critères de l'effet direct du droit conventionnel²²⁰ – qui est aujourd'hui un critère déterminant de son invocabilité – le Conseil d'État cherche à éviter qu'une dualité de régimes d'invocabilité des accords internationaux ne se développe dans sa jurisprudence. Un mouvement de convergence des conditions retenues par les juridictions de Paris et de Luxembourg pour apprécier l'invocabilité du droit conventionnel est donc initié. Pour s'achever, il doit s'accompagner d'un alignement des méthodes d'interprétation retenues pour examiner la satisfaction de ces critères.

75. Ce mouvement d'harmonisation des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État permet l'ébauche d'une cohérence des principes directeurs qui régissent l'invocabilité

²¹⁷ Jan H. JANS, « Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order », *Rev. E.A.L.*, 2011, pp. 87-99 (93) ; il convient de relever que la compétence de la Cour reste plus restreinte pour apprécier l'invocabilité que pour déterminer le sens des stipulations conventionnelles. Pour un état des lieux récent de la jurisprudence de la Cour, V. Eleftheria NEFRAMI, « Mixed Agreements as a Source of European Union Law », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 325-349.

²¹⁸ Sur le risque d'émergence d'une invocabilité à géométrie variable dans les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne, V. Rasmussen HOLDGAARD, « Case C-431/05 Merck Genéricos - Produtos Farmacêuticos Lda v. Merck & Co. Inc. (M. & Co.) and Merck Sharp & Dohme Lda MSL, Judgment of the Court of Justice Grand Chamber of 11 September 2007, 2007 ECR I-7001 », *CML Rev.*, 2008, pp. 1233-1250 (1247).

²¹⁹ La reconnaissance de la compétence interprétative de la Cour de justice est en effet subordonnée à la vérification que la stipulation en cause relève d'un « domaine largement couvert par le droit de l'Union » : CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, C-240/09, *Rec. p.* I-1255, pt. 36, com. Denys SIMON, « Effet direct », *Europe*, 2011, n°5, pp. 9-11 ; Kathrin HAMENSTÄDT, Tanja EHNERT, « Case C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie VLK v. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011 », *M.J.E.C.L.*, 2011, pp. 359-366 ; Damian KRAWCZYK, « The Slovak Brown Bear Case: The ECJ hunts for jurisdiction and environmental plaintiffs gain the trophy », *Env.L. Rev.*, 2012, pp. 53-66.

²²⁰ Le Conseil d'État et la Cour de justice vérifient qu'eu égard à la nature et l'économie du traité en cause, la stipulation invoquée n'exige pas d'acte complémentaire ou ultérieur pour produire des effets dans l'ordre juridique dans lequel survient le litige : CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc. ; CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc., pt. 14.

des accords internationaux liant l'Union et/ ou la France. Toutefois, il suscite dans le même temps quelques réserves dès lors que l'application de la théorie subjective de l'invocabilité dans la jurisprudence des deux juridictions conduit à priver certaines normes conventionnelles des effets juridiques que leur statut constitutionnel devrait leur permettre de produire. Les normes conventionnelles dûment ratifiées et publiées²²¹ sont en effet des éléments de la légalité des ordres juridiques français et de l'Union européenne qui priment les règles internes de rang législatif et infra-législatif²²². Partant, la sanction de la violation de ces normes par les autorités législative et infra-législative apparaît relever de l'office du juge de la légalité²²³. Or, les juges de la légalité française et de l'Union européenne, qui contrôlent le respect du droit par les autorités publiques, refusent encore de se prononcer sur la conformité des actes internes aux règles conventionnelles sans effet direct, c'est-à-dire non porteuses de droits subjectifs. Si bien qu'ils privent le droit conventionnel d'un effet juridique normalement attaché à la prévalence d'une règle de droit : son aptitude à fonder l'invalidation de la règle de rang inférieur qui contrarie leurs prescriptions.

76. D'ordre descriptif, les premiers développements de cette partie exposent les principes directeurs de la théorie subjective de l'invocabilité. Dans le cadre de celle-ci, le Conseil d'État et la Cour de justice ont érigé l'existence du droit subjectif conventionnel en prérequis de l'invocabilité-sanction des accords internationaux (Titre 1). D'ordre évaluatif, les seconds développements tendent à prouver que le principe de subordination de l'invocabilité-sanction

²²¹ La publication n'est une condition d'applicabilité des accords internationaux que dans l'ordre juridique français.

²²² CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc. ; CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, *Leb.*, p. 190, com. Jean BOULOUIS, « À propos de l'arrêt *Nicolo* », *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 91-102 (96) ; Jacques DEHAUSSY, « La supériorité des normes internationales sur les normes internes : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 1989, *Nicolo* », *J.D.I.*, 1990, pp. 5-33 ; Bruno GENEVOIS, « Note sous CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* », *R.F.D.A.*, 1989, pp. 813-833 ; David RUZIE, « La suprématie des traités sur la loi », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 267-270 ; Denys SIMON, « Note sous l'arrêt *Nicolo* », *A.J.D.A.*, 1989, pp. 788-794.

²²³ Dans la doctrine organique, V. Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, C-308/06, *Rec.* p. I-4057 ; Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, Affaires jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P ; Ronny ABRAHAM, conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, *R.F.D.A.*, 1997, pp. 585-597 ; Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, *R.F.D.A.*, 2012, pp. 547-557 ; Dans la doctrine académique, V. Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc. ; Enzo CANNIZZARO, « Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko* », *Il diritto dell'Unione europea*, n°4, 2008, pp. 645-654 ; Carlo SANTULLI, « Chronique de droit international (année 2008) », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 145-149 ; « Chronique de droit administratif et droit international (année 2012) », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 417-423.

des engagements internationaux à leur aptitude à porter des droits subjectifs entre en tension avec le statut constitutionnel de la source conventionnelle. En effet, lorsque la requête tend à obtenir du juge le contrôle du respect du droit par les autorités publiques, et non la protection des droits du saisissant, la conditionnalité d'effet direct constitue une digue qui permet à ces autorités de s'affranchir du respect des règles conventionnelles qui sont pourtant supposées lier son action normative (Titre 2).

Titre 1: Identification de la théorie subjective de l'invocabilité

77. Dans un ordre juridique international décentralisé, les critères et les méthodes d'interprétation de l'invocabilité des traités ne sont pas harmonisés et relèvent du choix des États²²⁴. Ainsi, les conditions permettant d'établir l'applicabilité des prescriptions conventionnelles – c'est-à-dire leur aptitude à intégrer le droit objectif des États – sont définies par les autorités constituantes internes. Et ces constituants déterminent librement les conditions d'introduction des normes conventionnelles dans l'ordre juridique interne. Les clivages concernant les conditions d'accès du droit d'origine internationale au rang de paramètre de la légalité interne trouvent une illustration dans la divergence des droits français et de l'Union européenne sur la question de la subordination de l'applicabilité des traités à leur publication²²⁵. La conséquence de la satisfaction des conditions d'applicabilité est en revanche identique dans les deux ordres juridiques : elle permet *a minima* au justiciable d'invoquer utilement une stipulation conventionnelle afin d'obtenir une interprétation du droit interne qui lui soit conforme²²⁶. Et si l'effet direct de cette stipulation est ensuite vérifié, elle peut être invoquée pour réclamer la sanction de sa violation par l'autorité publique.

78. Les juridictions internes bénéficient également d'une grande marge d'appréciation lorsqu'elles fixent les techniques d'interprétation de l'effet direct de ces prescriptions conventionnelles, c'est-à-dire leur aptitude à véhiculer des droits subjectifs²²⁷. Ce choix des

²²⁴ Il s'agit là d'une expression du principe plus générale selon lequel en présence d'un problème d'articulation de normes d'origines interne et internationale dans le cadre de l'ordre juridique interne, « [c]e n'est pas le droit international qui fixe des règles quelconques [...]. Il appartient à chaque droit national de définir le statut juridique dans l'ordre interne des normes d'origine internationale et c'est la raison pour laquelle il y a ou il peut y avoir autant de solutions que d'États », (Ronny ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 257-278 (258)).

²²⁵ L'applicabilité des accords internationaux dans l'ordre juridique français est en effet subordonnée à leur publicité (CE, 16 novembre 1956, *Villa*, *Leb.* p. 133 ; CE, 30 octobre 1964, *Société Prosagor*, *Leb.* p. 496 ; CE, 12 novembre 2001, *Watenne*, n°214101, *Tables Leb.*, p. 820, 839, 1018), tandis qu'elle ne lui est pas soumise dans l'ordre juridique de l'Union européenne (CJCE, 20 septembre 1990, *S.Z. Sevince contre staatssecretaris van justitie*, C-192/89, *Rec.* p. I. 3461).

²²⁶ Pour une étude approfondie de l'invocabilité d'interprétation, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²²⁷ André NOLLKAEMPER souligne la neutralité du droit international à l'égard de la reconnaissance par les juridictions étatiques de l'effet direct des normes qui le composent : « [s]tates are at liberty to determine whether direct effect is possible at all and, if so, what conditions, and consequences apply. All this excludes [...] the "given theory": the idea that international law would determine whether or not a particular rule of international

juges revêt une importance fondamentale en ce qu'il conditionne le droit de se prévaloir des accords internationaux pour contester la légalité des actes internes. Bien que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne²²⁸ consacrés aux techniques d'interprétation du droit conventionnel aient inspiré les méthodes d'examen de la satisfaction des critères de l'effet direct²²⁹, les techniques d'interprétation employées à cette fin diffèrent selon les juridictions devant lesquelles ils sont examinés. En outre, les juges internes conservent toute latitude pour y adjoindre des critères complémentaires. Il est ainsi notable que, jusqu'à récemment, la Cour de justice et le Conseil d'État ne s'appuyaient pas sur les mêmes indices pour attribuer l'effet direct à une stipulation conventionnelle. Le critère rédactionnel, employé par le passé par le Conseil d'État pour apprécier l'effet direct des prescriptions conventionnelles²³⁰, et abandonné à l'occasion de la jurisprudence *GISTI et FAPIL*²³¹, n'était en effet pas pris en considération par la Cour de justice lorsqu'elle se prononçait sur cette question²³². Or, la divergence des méthodes d'interprétation de l'invocabilité employées par la Cour de justice et les juridictions des États membres peut s'avérer problématique concernant les accords mixtes. La dévolution de la compétence pour interpréter une stipulation relevant de ce type d'accord à l'une ou à l'autre de ces juridictions peut en effet conduire à une solution différente sur la

law has direct effect », (*National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 125). Traduction : « Les États sont libres de déterminer si l'effet direct est possible ou non dans leur ordre juridique, et si tel est le cas, quelles conditions le subordonnent, et quelles conséquences s'y attachent. Tout cela exclut la théorie de l'effet direct imposé, selon laquelle le droit international contraindrait les États à reconnaître ou non l'effet direct des règles qui le composent ».

²²⁸ Convention de Vienne sur le Droit de Traités, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

²²⁹ Béragère TAXIL observe que « [l]a plupart des juridictions, françaises comme étrangères, ont recours à la Convention de Vienne, même si cet usage n'est parfois qu'implicite. Les juges ne se sentent pas liés par elle, mais suivent ses principes », (*L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, op. cit., p. 384). Pour une affirmation de la prise en considération par le Conseil d'État de la Convention de Vienne pour guider l'appréciation de l'effet direct des accords internationaux, V. Frédéric SCANVIC, « La place de l'individu au regard des conventions internationales », conclusions sur CE, 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, préc., p. 798 ; pour un constat équivalent concernant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, V. CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline. Association contre Department for Transport (IATA)*, C-344/04, *Rec.* p. 403, pt. 40.

²³⁰ Yann AGUILA, « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay, A.J.D.A.*, 20 juillet 2007, pp. 1527-1535 (1530) ; pour des applications de ce critère, V. par exemple, CE, ass., 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, n° 292942, *Leb.* p. 237 ; CE, 27 juillet 2009, *Comité interprofessionnel du vin de Champagne*, n°301385, inédit.

²³¹ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

²³² Toutefois, les filtres opposés à l'invocabilité du droit d'origine internationale par les juges de Paris et de Luxembourg convergent depuis l'arrêt *GISTI et FAPIL*. Cet effort d'homogénéisation profite aux justiciables, dans la mesure où les conditions auxquelles est soumise l'invocabilité des accords mixtes deviennent plus prévisibles.

question de son invocabilité si elles ne s'accordent pas sur les conditions de dévolution de l'effet direct²³³.

79. Si bien que lorsqu'un justiciable se prévaut d'un accord international, il est crucial d'identifier le juge compétent pour apprécier son invocabilité (Chapitre 1), dans la mesure où chaque juridiction emploie ses propres critères pour se prononcer sur cette question. Bien que les filtres qui subordonnent l'invocabilité des traités devant la Cour de justice et le Conseil d'État ne se confondent pas encore parfaitement, les prémises de leur convergence sont néanmoins perceptibles dans leur jurisprudence (Chapitre 2).

²³³ L'affaire *Merck* illustre cette effectivité à géométrie variable. En effet, le Portugal admettait l'effet direct de l'accord ADPIC tandis que la Cour de justice s'y refuse. Les stipulations de l'accord ADPIC entrant dans le champ d'application du droit des États membres bénéficiaient d'une protection juridictionnelle plus élevée que celles relevant du champ d'application du droit de l'Union. Il est intéressant de noter qu'en l'espèce, l'absence de législation de l'Union bénéficiait à l'effectivité du droit commercial international au Portugal : CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Produtos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc*, C-431/05, *Rec.* p. 7001. Cette géométrie variable de l'invocabilité de l'accord ADPIC devrait cesser avec l'arrêt *Sankyo*, par la généralisation du refus de son invocabilité devant les juridictions des États membres : CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre Demo Anonymos*, C-414/11, *nep. com.* Denys SIMON, « Brevetabilité des produits pharmaceutiques et Accord ADPIC. La Cour prend position sur l'existence d'une compétence exclusive de l'Union dans le champ des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce couverts par l'accord ADPIC annexé aux accords OMC et apporte des précisions sur la brevetabilité des produits pharmaceutiques », *Europe*, octobre, 2013, pp. 39-40.

Chapitre 1 : La compétence juridictionnelle d'appréciation de l'invocabilité du droit conventionnel

80. L'identification de l'autorité chargée de l'interprétation des accords internationaux est chronologiquement la première étape du processus d'appréciation de leur invocabilité. Le raisonnement qui permet au juge de se prononcer sur l'invocabilité d'une norme est en effet de nature interprétative. Denis Alland remarque ainsi que « *la détermination du caractère directement applicable d'une convention ou d'une de ses dispositions soulève nécessairement une question d'interprétation* »²³⁴. Il peut même être avancé, à la suite de Pieter Jan Kuijper, qu'il s'agit de la question d'interprétation du droit conventionnel la plus régulièrement portée à la connaissance de la Cour de justice²³⁵. La nature interprétative de l'appréciation de l'invocabilité des prescriptions conventionnelles lui confère une importante part de subjectivité, dès lors que le droit international n'encadre pas strictement cet office. Cela induit qu'une stipulation conventionnelle peut être jugée d'effet direct dans l'ordre juridique d'une première partie contractante, alors que les juridictions d'une seconde partie contractante ne lui reconnaissent pas un tel attribut²³⁶. Dans le cas d'un accord mixte, il est ainsi envisageable que les juridictions d'un État membre et la Cour de justice soient en désaccord sur la

²³⁴ Denis ALLAND, « Note sous CE sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez* », *R.G.D.I.P.*, 1993, pp 801-807 (802) ; Ronny ABRAHAM ne dit pas autre chose, puisque, selon lui, pour déterminer l'invocabilité des accords internationaux, « *il s'agit en effet pour le juge d'interpréter la volonté des auteurs du Traité* », (*Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989, p. 77) ; Jean COMBACAU procède également à une assimilation similaire : « *la question [est] de savoir si les États, au moment où ils ont convenu d'adopter une certaine disposition dans l'ordre juridique international, n'ont voulu créer de droits et d'obligations que dans leurs relations réciproques, ou ont voulu au contraire affecter la situation juridique des sujets de droit interne [...] ; ce qui est en cause ici c'est la volonté des États, qui se prête à une interprétation* ». (« Conclusions », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2001, pp. 85-93 (91)).

²³⁵ Pieter Jan KUIJPER soutient ainsi que « *[w]here it concerns the interpretation of international agreements concluded by the Union (and its member states) the question of determining direct effect is still the most important and most frequently invoked issue for which the rules of interpretation of the Vienna Convention of 1969 are called upon by the Courts* », (« The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo CANNIZZARO (dir.) *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 256-278 (276)). Traduction : « lorsqu'une question d'interprétation porte sur des accords internationaux conclus par l'Union (et ses États membres), l'appréciation de l'effet direct de leurs stipulations reste encore la problème de droit, dont la solution est orientée par l'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne de 1969, le plus important et le plus souvent porté à la connaissance des juridictions internes ».

²³⁶ Il est également possible qu'au sein de l'ordre juridique d'une partie contractante à un accord international, différentes juridictions ne s'accordent pas sur son aptitude à produire un effet direct. En France, le Conseil d'État a consacré l'effet direct de la Convention internationale des Droits de l'Enfant depuis l'arrêt *Cinar* de 1997 (CE, 22 septembre 1997, *Melle Cinar*, n°161364, *Leb.* p. 319), tandis que la Cour de cassation a attendu 2005 pour lui attribuer un tel effet, (Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Vincent x*, n°02-16336, préc.).

dévolution de l'effet direct à l'une de ses stipulations²³⁷. De sorte qu'il est nécessaire de déterminer les sphères respectives de la compétence de la Cour de justice et du Conseil d'État pour apprécier l'invocabilité des accords internationaux.

81. La Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions françaises sont les autorités compétentes pour interpréter les accords internationaux incorporés dans l'ordre juridique dont ils relèvent (section 1). L'identification de la juridiction compétente pour apprécier l'invocabilité des accords mixtes, qui se trouvent au carrefour des ordres juridiques français et de l'Union européenne, soulève d'importantes difficultés. Et ce travail d'identification permet de constater que la compétence des juridictions des États membres pour se prononcer sur l'invocabilité de ces accords se réduit tendanciellement au profit de la Cour de justice (section 2).

Section 1 : La compétence interprétative du Conseil d'État et de la Cour de justice

82. L'attribution à l'autorité juridictionnelle de la compétence d'interprétation des accords internationaux a été d'une difficulté inégale dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. La dévolution de ce pouvoir aux organes juridictionnels s'avérait nécessaire dans la mesure où l'interprétation des normes qui sont invoquées dans le cadre d'un litige commande bien souvent son issue. Si bien que lorsque le juge se trouvait lié par les interprétations délivrées par un organe tiers – le ministère des affaires étrangères –, « *son rôle se réduisait à celui d'une simple chambre d'enregistrement, et à la limite, il se comportait plus en administrateur qu'en véritable juge* »²³⁸. Dès lors que le respect d'une règle nécessite l'existence d'un "véritable juge" ayant tout pouvoir pour en sanctionner les violations, la consécration de la compétence juridictionnelle d'interprétation des prescriptions conventionnelles a participé à leur intégration effective aux ordres juridiques français et de l'Union européenne.

²³⁷ CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Productos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, préc.

²³⁸ Jean-François LACHAUME, « L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 923-954 (929).

83. L'émancipation tardive du juge administratif français vis-à-vis du pouvoir exécutif en matière d'interprétation des traités s'explique par ce qui fut qualifié par certains auteurs de « *révérence du juge à l'égard de l'exécutif en charge de la conduite des relations internationales* »²³⁹ (§ 2). En revanche, cette « *mutilation de la fonction juridictionnelle* »²⁴⁰ ne s'est jamais retrouvée dans la jurisprudence de la Cour de justice qui a très tôt assimilé les accords internationaux aux actes pris par des institutions de l'Union, soumis à ce titre à sa compétence interprétative (§1).

§1 La consécration immédiate de la compétence de la Cour de justice pour interpréter le droit conventionnel

84. La compétence de l'Union européenne pour conclure des accords internationaux purement communautaires et mixtes a rapidement érigé le droit conventionnel en une source majeure du droit positif applicable dans l'ordre juridique de l'Union européenne²⁴¹. Dès 1974, l'interprétation d'une stipulation conventionnelle a été réclamée à la Cour de justice à l'occasion de l'affaire *Haegeman*²⁴². Or, la compétence interprétative de la Cour de justice ne relevait pas de l'évidence, dans la mesure où le droit primaire européen ne lui attribue pas explicitement un tel pouvoir (A). Pourtant, la juridiction de l'Union n'a pas éprouvé de difficulté à consacrer le principe de sa compétence d'interprétation des accords internationaux conclus par l'Union européenne (B).

²³⁹ Hubert THIERRY, Serge SUR, Jean COMBACAU, Charles VALLEE, *Droit international public*, Paris, Monchrestien, 2^{ème} éd., 1979, p. 186.

²⁴⁰ Daniel LABETOUILLE, conclusions sur CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout, Leb.* p. 395.

²⁴¹ Rappelons qu'au 3 septembre 2014, 905 accords internationaux lient les institutions et les États membres de l'Union européenne. Le développement de la théorie des compétences implicites a grandement participé à l'intensification de l'activité conventionnelle de l'Union, V. Mario MENDEZ, *The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, Oxford, Oxford University press, 2013, pp. XVII-XVIII.

²⁴² CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, 181/73, *Rec.* p. 449 ; les difficultés tiennent à la définition de l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'invocabilité des accords mixtes dans la jurisprudence de la Cour de justice, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2.

A. Le défaut d'affirmation de la compétence interprétative de la Cour de justice dans le droit primaire

85. Pris à la lettre, les Traités institutifs n'attribuent pas explicitement à la Cour une compétence pour interpréter les accords internationaux qui lient l'Union européenne. Aux termes de l'article 267 du TFUE, « *la Cour de justice de l'Union est compétente pour statuer, à titre préjudiciel [...] sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union* ». Le lecteur de cette disposition serait donc naturellement tenté de chercher dans la nomenclature des actes inscrits dans l'article 288 du TFUE une référence expresse aux accords internationaux, afin de conclure fort logiquement à la compétence interprétative de la Cour de justice. Par conséquent, l'absence de mention des accords internationaux dans l'article 288 du TFUE invite à considérer que dès lors que les conventions internationales n'ont pas la qualité d'un acte juridique pris par les institutions, leur interprétation ne relève pas de la compétence de la Cour.

86. Cependant, l'observateur de la jurisprudence de la Cour de justice ne saurait ignorer que le silence des traités est bien souvent perçu par ses membres comme une invitation aux plus audacieuses constructions jurisprudentielles²⁴³. Consciente du dynamisme de la jurisprudence de la Cour de justice, la commission juridique du Parlement européen avait d'ailleurs entendu prévenir l'extension de la compétence interprétative de la juridiction de Luxembourg aux accords internationaux lorsqu'elle a affirmé que « *ce serait, pour le moins, donner une fausse image que considérer un accord signé par la Communauté comme un acte du Conseil ou de la Commission [...], la commission juridique doute sérieusement que les accords de droit international soient visés par l'article 177 [actuel article 267 du TFUE]* »²⁴⁴. L'adoption d'un raisonnement similaire par la Cour de justice aurait probablement conduit à un déclinatoire de compétence. Tel ne fut pas le cas, la Cour ayant consacré son pouvoir d'interprétation des traités à la première occasion qui lui en fut offerte.

²⁴³ Pour ne prendre qu'un exemple, sans doute le plus célèbre, l'affirmation de la primauté du droit communautaire témoigne de l'activisme judiciaire de la Cour de justice, V. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre Enel*, 6/64, *Rec.* p. 1141, com. Robert KOVAR, « Note sous l'arrêt *Costa contre Enel* », *J.D.I. (Clunet)*, 1965, pp. 697-717 ; Bruno DE WITTE, « Retour à Costa, la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *R.T.D. eur.*, 1984, pp. 425-454.

²⁴⁴ Laurent MERCHIERS, « Rapport fait au nom de la Commission juridique du parlement européen sur les problèmes posés par l'application de l'article 177 du Traité CEE », Parlement européen, Documents de séance, 69/70, n°94, 15 septembre 1969.

87. La compétence interprétative de la Cour aurait pu être déduite de l'article 19, paragraphe 1 du TFUE, qui dispose que « [l]a Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité ». De fait, le droit applicable au titre de l'article 19, paragraphe 1 du TFUE est non seulement le droit de l'Union d'origine interne, mais également le droit conventionnel liant l'Union auquel renvoie le droit primaire. De fait, la réception des règles conventionnelles régulièrement conclues opérée par le droit primaire dans l'article 216, paragraphe 2 du TFUE – qui énonce que « *les accords conclus par la Communauté lient les institutions et les États membres* »²⁴⁵ – aurait pu constituer un fondement convaincant de la compétence de la juridiction de l'Union pour interpréter les accords internationaux.

88. La Cour de justice a pourtant préféré déduire de l'article 267 du TFUE que tous les actes pris par les institutions, qu'ils soient inscrits ou non dans la nomenclature des actes établie par l'article 288 du TFUE²⁴⁶, sont susceptibles de faire l'objet d'un renvoi en interprétation.

B. La consécration prétorienne de la compétence interprétative de la Cour de justice

89. Dans l'arrêt *Haegeman*²⁴⁷, la Cour de justice a procédé à une lecture dynamique des Traités pour déduire de l'article 267 du TFUE [ex-article 177 du TCEE] sa compétence pour interpréter les accords internationaux liant l'Union. Si l'approche extensive adoptée par la Cour des actes susceptibles d'être interprétés à la faveur d'un renvoi préjudiciel ne s'imposait pas avec évidence, le cas des traités posait des difficultés particulières du fait de leur origine internationale.

90. Le processus original d'élaboration des accords internationaux, basé sur un consensus entre les parties contractantes – à la différence des procédures d'édiction des actes unilatéraux

²⁴⁵ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company N.V. et autres contre Produktschap voor Groenten*, préc.

²⁴⁶ Pour exemples, une résolution du Conseil peut faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en interprétation : CJCE, 17 juin 1976, *Manghera*, 59/75, *Rec.* p. 91 ; de même une recommandation : CJCE, 17 juin 1976, *Frecassetti*, 113/75, *Rec.* p. 183 ; et plus largement la Cour a décidé que sont susceptibles d'interprétation « *des actes pris par des institutions sans exception aucune* » : CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, *Rec.* p. 4407.

²⁴⁷ CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, préc., pt. 8.

de droit dérivé – suscitait chez certains auteurs quelques réserves quant à la pertinence de l'inclusion des normes conventionnelles parmi les actes mentionnés à l'article 267 du TFUE²⁴⁸. La participation d'institutions représentatives de l'Union à la procédure d'émission des normes conventionnelles pouvait certes leur conférer la qualité d'« *actes pris par l'Union* », susceptibles comme tels d'être interprétés dans le cadre de la procédure préjudicielle.

91. Mais rappelons que les rapports entre droit interne et droit international sont régis par la « *doctrine de l'incorporation* »²⁴⁹ dans l'ordre juridique de l'Union. Cela signifie que l'insertion des règles conventionnelles dans cet ordre juridique y est l'effet de la satisfaction des conditions d'applicabilité posées par la clause de réception du droit conventionnel que constitue l'article 216, paragraphe 2 du TFUE. De sorte que les accords internationaux ne peuvent pas être conçus comme des normes exclusivement élaborées par les institutions de la Communauté dès lors qu'aucun acte législatif interne *ad hoc* de transformation n'est exigé pour leur insertion dans l'ordre juridique de l'Union²⁵⁰. Pourtant, la Cour, plutôt que de s'attribuer une compétence d'interprétation des traités appréhendés en qualité d'actes internationaux, a choisi une position d'apparence dualiste, en s'investissant de la compétence d'interpréter les accords internationaux au moyen d'une assimilation de ceux-ci à des actes internes de la Communauté²⁵¹.

²⁴⁸ Jean BOULOUIS, « La jurisprudence de Cour de justice des Communautés européennes relative aux relations extérieures de la Communauté », *R.C.A.D.I.*, 1978, pp. 335-390 (361).

²⁴⁹ Selon la terminologie employée par Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, (« Le droit international fait-il partie du droit anglais ? (Réflexions sur les relations entre le droit international public et le droit interne au Royaume-Uni, à la lumière de l'appartenance communautaire de ce pays) », in *Le droit international : unité et diversité – Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 242-248 (246)) ; l'option constitutionnelle de l'Union est usuellement qualifiée de moniste, nous n'emploierons pas une telle terminologie pour tirer les conséquences des choix théoriques précédemment présentés en matière de rapports de système. V. *supra*, Introduction, I, A.

²⁵⁰ En ce sens, le juge Pierre PESCATORE affirmait que le choix d'un règlement comme acte d'approbation et d'autorisation à la conclusion d'un Traité « *ne [peut] en rien modifier la nature intrinsèque des engagements internationaux dont il s'agit [...]. Il ne paraît pas inutile de lever toute ambiguïté en affirmant avec force que ces accords acquièrent par eux-mêmes la qualité de règle de droit communautaire. Les normes conventionnelles s'insèrent en tant que telles dans l'ordre juridique des Communautés. Elles ne se trouvent pas incorporées au règlement et ne subissent aucune transformation* », (Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés – Etudes des sources du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, rééd., 2006, pp. 151-152) ; bien que cette proposition soit difficilement conciliable avec le cadre dualiste adopté dans cette étude, il est irréfutable que les accords internationaux ne peuvent être confondus avec les actes internes en portant approbation.

²⁵¹ Michel WAELBROECK analysait par exemple la jurisprudence *Haegeman* (CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, préc.) comme une adhésion de la Cour de justice à la doctrine dualiste : « *le fait que la Cour a fondé sa compétence pour interpréter les accords internationaux en vertu de l'article 177 du traité par la considération que ces accords sont conclus par le Conseil et doivent dès lors être considérés comme des "actes d'une institution" semble indiquer, lui aussi, que la Cour rattache la force obligatoire interne des accords internationaux à l'acte de conclusion du Conseil. L'attitude de la Cour ne paraît donc pas en tous points compatible avec la théorie moniste* », (« Les effets internes des accords internationaux par la communauté

92. La Cour a ainsi affirmé dans l'arrêt *Haegeman* que « l'accord d'Athènes a été conclu par le Conseil, conformément aux articles 227 [actuel article 217 du TFUE] et 238 [actuel article 218 du TFUE] du traité [...] ; cet accord est dès lors, en ce qui concerne la Communauté, un acte pris par l'une des institutions au sens de l'article 177, alinéa 1, b [actuel article 267, alinéa 1, b du TFUE] »²⁵². Par suite, faisant rappel du principe énoncé dans la jurisprudence *International Fruit*²⁵³ selon lequel « les dispositions de l'accord forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique communautaire »²⁵⁴, la juridiction de Luxembourg a décidé que « dans le cadre de cet ordre juridique, la Cour est dès lors compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'accord »²⁵⁵.

93. S'il est vrai que l'accord d'Athènes²⁵⁶ ne pouvait entrer en vigueur dans l'ordre juridique communautaire qu'après l'édition de la décision du Conseil qui approuvait et autorisait sa conclusion²⁵⁷, il n'en demeurerait pas moins que cette décision ne déterminait pas sa substance normative. La Cour fondait donc sa compétence pour interpréter l'accord en cause sur son assimilation à l'acte formel qui lui conférait sa validité dans l'ordre juridique

économique européenne », in *Mélanges Charles Chaumont, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international*, Paris, Pedone, 1984, pp. 579-591 (582)).

²⁵² CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, préc., pts. 3-4. Cette assimilation a été confirmée par la Cour dans son avis 1/91 dans lequel elle affirme que « [l']accord est un acte pris par l'une des institutions de la Communauté, au sens de l'article 177 [actuel article 267 TFUE], premier alinéa, sous b, du traité CEE, et que, dès lors, la Cour est compétente pour se prononcer à titre préjudiciel sur son interprétation », (CJCE, 14 décembre 1991, *Avis de la Cour relatif au Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, *Rec. p. I-6079*, pt. 38, com. Jean BOULOUIS, « 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 », *R.T.D. eur.*, 1992, pp. 456-462).

²⁵³ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company N.V. et autres contre Produktschap voor Groenten*, préc.

²⁵⁴ CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, 181/73, *Rec. p. 459*, pts. 4-5. Le paradoxe de cette formule réside dans les renvois simultanés à la doctrine de la transformation opérée par l'assimilation de l'accord international à un acte pris par les institutions, et à la doctrine de l'incorporation opérée par l'affirmation selon laquelle les accords internationaux forment partie intégrante de l'ordre juridique communautaire dès leur entrée en vigueur, (Jan KLABBERS, « International Law and Community Law : The Law and Politics of Direct Effect », *YB. Eur. L.*, 2002, p. 263). En réalité, l'assimilation du traité à un acte pris par les institutions ne témoigne pas d'une adhésion à la doctrine de la transformation, mais répond plus simplement à la nécessité de trouver une base juridique à la compétence de la Cour pour interpréter le droit conventionnel liant l'Union européenne, (V. Jean-Claude GAUTRON, Loïc GRARD, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, SFDI : colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 11-151 (107).

²⁵⁵ CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, préc., pts. 5-6.

²⁵⁶ Accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Grèce, signé à Athènes le 9 juillet 1961, *JOCE*, 18 février 1963, p. 294.

²⁵⁷ Décision du Conseil, 25 septembre 1961, 63/106/CEE, *JOCE*, 18 février 1963, p. 293.

communautaire. Or, « *cette assimilation abusive et équivoque ne s'imposait aucunement* »²⁵⁸, et revêt de prime abord les apparences d'une adhésion de la juridiction de l'Union à la doctrine de la transformation, inconciliable avec l'orientation "moniste" de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE. Dans ses conclusions sur l'affaire *Bresciani*, l'avocat général Trabucchi a donné une interprétation provocante, car résolument dualiste, de l'arrêt *Haegeman*, affirmant qu'il en ressort « *que [la] Convention internationale n'a pas de valeur per se, [...] et qu'elle n'acquiert de valeur que du fait de l'intervention d'un acte exécutif [de l'Union]* »²⁵⁹. La juridiction de l'Union refuse en outre d'attribuer à l'acte de conclusion de l'accord d'Athènes dans l'ordre international la qualité d'acte pris par ses institutions, afin d'en déduire sa compétence interprétative. Cela témoigne de son incapacité à appréhender l'accord international en vigueur dans l'ordre juridique international autrement que comme un simple fait dans la sphère interne. Ainsi se trouve renforcée la proposition selon laquelle les juridictions internes ne font jamais qu'appliquer, ou interpréter, du droit d'origine internationale²⁶⁰. La norme conventionnelle déclarée invocable ou non au terme de l'opération d'interprétation, et sur le fondement de laquelle la Cour de justice statue, est donc de nature communautaire²⁶¹.

94. Il faut cependant se garder de percevoir dans la jurisprudence *Haegeman* une volonté de la Cour d'adhérer à la doctrine de la transformation. Comme l'a démontré l'avocat général Rozès dans ses conclusions sur l'arrêt *Polydor*, l'assimilation de l'accord international à un acte pris par les institutions est avant tout « *instrumentale* »²⁶². Le raisonnement de la Cour est d'abord motivé par la recherche de l'interprétation uniforme des accords internationaux dans

²⁵⁸ Joël RIDEAU, « accords internationaux », *Répertoire droit communautaire, accords internationaux*, Dalloz, 2013, n°258 ; V. aussi Joël RIDEAU, « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 289-418.

²⁵⁹ Alberto TRABUCCHI, 14 janvier 1976, conclusions sur CJCE, *Conceria Bresciani*, 87/75, *Rec.* p. 129.

²⁶⁰ Ce n'est donc pas du fait d'une éventuelle nature internationale autonome que les traités conclus par l'Union vont voir leurs effets atténués au regard des normes unionnaires d'origine interne, mais bien du fait de leur origine internationale. En ce sens la Cour a pu affirmer dans l'arrêt *Kupferberg* que « *les effets, dans la Communauté, des dispositions d'un accord conclu par celle-ci avec un pays tiers ne sauraient être déterminés en faisant abstraction de l'origine internationale des dispositions en cause* » : CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt contre Kupferberg*, 104/81, *Rec.* p. 3641, com. Gerhard BEBR, « Agreements concluded by the Community law and their possible direct effect : from international fruit company to Kupferberg », *CML Rev.*, 1983, pp. 35-73, pt. 17. Nous soulignons.

²⁶¹ La position de la Cour n'a depuis pas changé. Dans l'arrêt *Kupferberg*, elle fait référence plus explicitement au « *caractère communautaire de ces dispositions conventionnelles* » : CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt contre Kupferberg*, préc., pt. 14.

²⁶² Simone ROZES, 1^{er} décembre 1981, conclusions sous CJCE, *Polydor e.a.*, 270/80, *Rec.* p. 329.

les ordres juridiques de l'Union européenne et de ses États membres²⁶³. Il convient alors de relativiser la portée théorique d'une jurisprudence finaliste dont l'objet est avant tout de dégager la compétence de la Cour de justice pour harmoniser l'interprétation des accords internationaux communautaires dans l'espace juridique européen²⁶⁴. Dans l'arrêt *Kupferberg*, la juridiction de l'Union a précisé les fondements de la recherche de l'unité interprétative : « *il résulte du caractère communautaire de ces dispositions conventionnelles qu'on ne saurait admettre que leurs effets dans la Communauté varie selon que leur application incombe, dans la pratique, aux institutions communautaires ou aux États membres [...]. Ainsi, il incombe à la Cour, dans le cadre de sa compétence pour interpréter les dispositions des accords, d'assurer une application uniforme dans toute la Communauté* »²⁶⁵. Cette solution permet de créer un espace d'interprétation homogène des accords internationaux conclus par l'Union européenne. Et l'unité d'interprétation permet quant à elle à l'Union d'être perçue dans l'ordre international comme un acteur unitaire, capable d'homogénéiser les conditions d'application de ses engagements internationaux dans son ordre juridique²⁶⁶.

95. Les incidences de cette homogénéisation des interprétations sur les conditions d'invocabilité du droit conventionnel sont de grande mesure dans l'espace juridique unionaire²⁶⁷. Que l'on songe aux États dits dualistes, tels le Danemark, l'Irlande ou le

²⁶³ Jiří MALENOVSKÝ observe que la récusation de la compétence interprétative de la Cour « *reviendrait à accepter une intégration "sauvage", non organisée, des accords internationaux dans le droit communautaire ainsi que l'impossibilité pour la Cour de garantir leur interprétation uniforme. Or assurer une telle interprétation est sans doute apparu à la Cour comme constituant sa tâche primordiale, quitte à créer, de ce fait, une certaine confusion conceptuelle au sujet de la réception des accords internationaux* », (« La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga trentenaire de la domestication du droit international public », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 27-59 (46)).

²⁶⁴ Jean-Claude GAUTRON, Loïc GRARD, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque SFDI de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 11-151 (107) ; V. également, Koen LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », *Revue de la Faculté de Droit de L'université de Liège. Hommage à Pierre Pescatore*, 2010, pp. 505-518 (508-509).

²⁶⁵ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt contre Kupferberg.*, préc., pt. 14 ; formulation reprise par la Cour dans le cadre d'un recours en manquement : CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre Allemagne (affaire dite International Dairy Agreement)*, C-61/94, *Rec. p. I-3989*, com. Piet EECKHOUT, *CML Rev.*, 1998, pp. 557-566, pt. 52.

²⁶⁶ Eleftheria NEFRAMI, « Mixed Agreements as a Source of European Union Law », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, op. cit., pp. 343-348.

²⁶⁷ Appelée à statuer sur l'invocabilité de stipulations conventionnelles dans le cadre de ces voies de droit, la Cour de justice estime ainsi régulièrement que « *c'est aux juridictions compétentes et en particulier à la Cour dans le cadre de sa compétence en vertu du traité CE qu'il appartient de la trancher au même titre que toute autre question d'interprétation relative à l'application de l'accord en question dans la Communauté* » : CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG*, préc., pt. 17 ; CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et Fabbrica italiana*

Royaume Uni, qui sont contraints par la Cour d'abandonner la doctrine de la transformation pour adhérer à la doctrine de l'incorporation lorsqu'un accord mixte ou purement unionnaire est en cause. Les choix constitutionnels opérés par ces États pour conditionner la validité du droit d'origine internationale sont mis à l'écart. Ce n'est alors plus à leur législateur, mais bien à la Cour de justice de décider des effets que produisent ces accords dans leur ordre juridique²⁶⁸. De toute évidence, l'arrêt *Haegeman* participe donc à la promotion des effets du droit conventionnel dans les ordres juridiques de ces États membres.

96. Enfin, il convient de préciser qu'outre le cadre procédural du renvoi préjudiciel, la Cour de justice exerce sa compétence pour interpréter les accords internationaux dans tout type de litige porté à sa connaissance : le recours en annulation²⁶⁹, le recours en manquement²⁷⁰ et le recours en indemnité²⁷¹. La procédure des avis consultatifs a également

accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC & Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America, Inc., C-120 et 121/06 P, *Rec.* p. I-6513, com. Laurent COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM. Note sous CJCE 8 septembre 2008, *FIAMM*, aff. jointes n° C-120/06 et C-121/06 », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 329-342 ; Denys SIMON, « Union européenne, OMC et États-Unis », *Europe*, novembre 2008, pp. 22-24, pt. 108.

²⁶⁸ C'est ce que relève Mario MENDEZ lorsqu'il observe que « *the ramifications of Haegemann ruling were of great significance for external relations [...] of the Member States. This is more transparently so for those States attached to the non-automatic model of treaty incorporation. [...] The effect of this jurisprudence converts them into automatic treaty incorporation states for particular categories of Treaties, namely, Community agreements. In such States it is no longer the domestic legislature which determines the role of domestic courts in treaties enforcement. Rather it is a role that the ECJ assumed for itself* », (« The legal effect of Community Agreements: Maximalist Treaty enforcement and judicial avoidance techniques », *EJIL*, 2010, pp. 83-104 (88)). Traduction : « la jurisprudence *Haegeman* a eu de grandes implications sur les relations extérieures [...] des États membres. Ce constat s'impose avec une particulière évidence concernant les États qui ont adhéré à la doctrine de la transformation. [...] L'effet de cette jurisprudence est alors de convertir ces États en États pratiquant la doctrine de l'incorporation lorsqu'ils sont confrontés à cette catégorie de traités, à savoir les accords internationaux conclus par l'Union européenne. De sorte que ce n'est plus le législateur national qui détermine le rôle des juridictions nationales dans l'application de ces traités. C'est en effet la Cour de justice qui a désormais ce pouvoir ».

²⁶⁹ V. CJCE, 22 juin 1989, *Federation de L'Industrie de l'Huilierie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, C-70/87, *Rec.* p. 1781, com. Marco BRONCKERS, Reinhard QUICK, « What is a Countervailable Subsidy under EEC Trade Law? », *JWT*, 1989, pp. 5-31 ; CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima*, C-69/89, *Rec.* p. I-2069, com. Fernando CASTILLO DE LA TORRE, « Anti-dumping Policy and Private Interest », *ELRev.*, 1992, pp. 346-348 ; Barbara BRANDTNER, Hans-Peter FOLZ, « Nakajima », *EJIL*, 1993, pp. 430-432. ; CJCE, 5 octobre 1994, *Allemagne contre Conseil*, C-280/93, *Rec.* p. I-4973 com. Ulrich EVERLING, « Will Europe slip on Bananas? The bananas judgement of the Court of justice and national Courts », *CML Rev.*, 1996, pp. 401-437 ; TPICE, 11 janvier 2002, *Biret International SA contre Conseil*, T-174/00, *Rec.* p. II-17 ; TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, T-396/09, com. Laurent COUTRON, « Révolution dans le contentieux de l'environnement : feu sur la jurisprudence Plaumann ! », *R.T.D. eur.*, 2012, pp. 607-614 ; Jean Félix DELILLE, « À propos de l'arrêt Vereniging Milieudefensie : la seconde naissance de l'invocabilité Nakajima », *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 687-708.

²⁷⁰ CJCE, 12 juillet 1977, *Commission contre Pays Bas*, 89/76, *Rec.* p. 1355 ; CJCE, 25 février 1988, *Commission contre Grèce*, 194 et 241/85, *Rec.* p. 1037 ; CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre Allemagne*, préc. ; CJCE, 16 décembre 2004, *Commission contre Autriche*, C-465/01, *Rec.* p. I-8291 ; CJCE, 19 mars 2002, *Commission contre Irlande*, C-13/00, *Rec.* p. I-2943 ; CJCE, 7 octobre 2004, *Commission contre France*, C-239/03, *Rec.* p. I-2943. , com. Pieter Jan KUIJPER, *CML Rev.*, 2005, pp. 1491-1500 ; CJCE, 30 juin

constitué des terrains privilégiés de l'office interprétatif de la Cour de justice. L'office interprétatif auquel se livre la Cour s'arrête néanmoins à l'appréciation de sa sémantique dans le cadre de la procédure d'avis. En effet, dans le cadre de cette procédure, l'accord international n'est pas la norme de référence mais la norme contrôlée. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner l'effet direct et, *a fortiori*, la potentielle invocabilité de l'accord soumis à avis.

97. En définitive, la juridiction de l'Union s'est reconnue spontanément compétente pour interpréter les accords internationaux. Cette spontanéité contraste nettement avec les inerties de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière.

§2. La consécration tardive de la compétence du Conseil d'État pour interpréter le droit conventionnel

98. Le Conseil d'État a éprouvé plus de difficultés que la Cour de justice pour consacrer sa compétence pour interpréter les accords internationaux. À cet égard, la position de la très haute juridiction administrative relative à cette question a longtemps constitué le dernier écho jurisprudentiel français à la règle de droit romain *ejus esse legem interpretari cujus est condere*²⁷².

99. Dans son arrêt *Dame Veuve Murat*²⁷³, le Conseil d'État a ainsi jugé qu'il ne lui appartenait pas d'interpréter les accords internationaux conclus par la France. La solution dégagée dans cette jurisprudence a par la suite été confirmée à plusieurs reprises²⁷⁴. Les conséquences à déduire de l'incompétence interprétative du juge administrative ont évolué. Dans un premier temps, toute demande d'interprétation se heurtait à une décision d'irrecevabilité de la requête²⁷⁵. Par la suite, la très haute juridiction administrative a révisé sa position pour décider qu'une difficulté d'interprétation devait conduire non à un rejet de la

2006, *Commission contre Irlande (affaire dite de l'Usine MOX)*, C-459/03, *Rec.* p. I-4635 ; CJCE, 21 juin 2007, *Commission contre Italie*, C-173/06, p. I-4917.

²⁷¹ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG*, préc., pt. 17 ; CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC & Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America, Inc.*, préc., pt.108.

²⁷² *À celui qui a le pouvoir de faire la loi, le pouvoir de l'interpréter.*

²⁷³ CE, 23 juillet 1823, *Dame Veuve Murat, Comtesse de Lipona*, *Leb.* p. 545.

²⁷⁴ CE, 6 août 1823, *Le corsaire "La représaille"*, *Leb.* p. 558 ; CE, 21 janvier 1927, *Commune de Lame*, *Leb.* p. 80 ; CE, 3 juillet 1931, *Sieurs Karl et Toto Samé*, *Leb.* p. 722.

²⁷⁵ CE, 6 août 1823, *Le corsaire "La représaille"*, préc. ; CE, 21 janvier 1927, *Commune de Lame*, préc.

requête, mais à un sursis à statuer afin d'effectuer un renvoi préjudiciel en interprétation devant le ministère des Affaires étrangères dont la réponse lie le juge²⁷⁶. La doctrine²⁷⁷ comme les Commissaires du gouvernement²⁷⁸ ont longtemps milité en faveur de l'abandon de cette jurisprudence constitutive d'«une véritable méconnaissance de la fonction juridictionnelle»²⁷⁹. Les justifications de ce déclinatoire de compétence s'appuyaient sur des raisons d'ordre pratique, juridique et politique²⁸⁰ (A). Chacune d'entre elle s'est trouvée tour à tour neutralisée au motif de «leur perte de valeur explicative»²⁸¹ (B).

A. Les fondements de la compétence gouvernementale d'interprétation des accords internationaux

100. Plusieurs raisons justifiaient le déclinatoire de compétence du Conseil d'État pour interpréter les accords internationaux. En premier lieu, le juge n'avait aucun accès direct aux travaux préparatoires des conventions internationales. Les discussions et négociations qui précédaient la conclusion des traités n'étaient en effet connues que de l'administration et du ministère des Affaires étrangères ou du ministère technique qui avaient mené les pourparlers. En conséquence, le juge ne disposait pas de tous les outils nécessaires pour donner aux traités une interprétation fidèle à l'intention des parties. C'est ainsi que la première difficulté à laquelle se trouvait confronté le juge résidait dans le fait que la juste interprétation des

²⁷⁶ CE, 3 juillet 1931, *Sieurs Karl et Toto Samé*, préc.

²⁷⁷ Louis DUBOIS, «Le juge administratif et les règles du droit international», *R.G.D.I.P.* 1971, pp. 9-60 (39); Quoc Dinh N'GUYEN, Patrick DAILLIER, Alain PELLET, Mathias FORTEAU, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p. 218; Paul DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, «Juridiction administrative et droit international», *EDCE*, 1962, pp. 13-40 (27); David RUZIE, «Droit international - actualité jurisprudentielle», *R.F.D.A.*, 1987, p. 310; Sylvie HUBAC et Yves ROBINEAU, «Droit administratif : vues de l'intérieur», *Pouvoirs*, 1988, pp. 113-126 (120); Bruno GENEVOIS, «De l'usage judiciaire des principes généraux du droit», *R.F.D.A.*, 1988, pp. 499-507 (505).

²⁷⁸ Daniel LABETOULLE, conclusions sur CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, préc.; Patrick FRYDMAN, conclusions sur CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.; Ronny ABRAHAM, «Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle», conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI, A.J.D.A.*, 1990, pp. 621-629.

²⁷⁹ Charles ROUSSEAU, *Droit international public- T.I : introduction et sources*, Paris, Sirey, 1970, p. 230.

²⁸⁰ Cette classification est développée par le commissaire du gouvernement Ronny ABRAHAM («Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle», conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc., p. 625).

²⁸¹ Jean-François LACHAUME, «L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales», préc., p. 929.

stipulations des accords internationaux dépendait « *des informations détenues par d'autres que par lui* »²⁸².

101. Deux arguments invitaient pourtant à nuancer la portée de ce motif d'incompétence du juge. Le premier argument tient à l'importance relative des travaux préparatoires dans l'interprétation des traités. Il convient de rappeler à cet égard que les travaux préparatoires sont mentionnés à l'article 32 de la Convention de Vienne parmi les « *moyens complémentaires* » pouvant être employés afin d'interpréter les dispositions d'une convention internationale. L'autre argument, contextuel, tenait à l'accessibilité croissante des travaux préparatoires des grands traités multilatéraux négociés sous l'égide d'organisations internationales telles l'Organisation des Nations Unies, l'Organisation Mondiale du Commerce ou le Conseil de l'Europe. Les discussions et débats menant à la conclusion de traités bilatéraux ne bénéficiaient néanmoins pas nécessairement de la même publicité. Ronny Abraham soulignait alors qu'il était tout à fait concevable que « *le juge demande au ministre de l'éclairer en lui fournissant tous les éléments utiles relatifs au contexte de la négociation, à l'application de l'accord par les parties, et si possible les documents pertinents* »²⁸³. La publicité sans cesse croissante des travaux préparatoires des accords multilatéraux et la possibilité pour le juge de se voir communiquer les informations détenues par le ministère des Affaires étrangères a donc progressivement vidé de sa pertinence l'argument de l'accès lacunaire du Conseil d'État aux moyens complémentaires d'interprétation. Si bien qu'il n'emporta plus conviction lors de l'arrêt *GISTI*²⁸⁴.

102. En second lieu, il était soutenu que le renvoi préjudiciel au ministère des Affaires étrangères minimisait le risque de mettre en cause la responsabilité internationale de l'État français pour cause d'interprétation défectueuse d'un traité. La jurisprudence *Compagnie des chemins de Fer de l'Est*²⁸⁵ a longtemps été utilisée pour conforter cette thèse. Cette décision qui put être qualifiée d'« *hérétique* »²⁸⁶ – car le Conseil d'État s'était départi de son obligation

²⁸² Ronny ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, op. cit., p. 89.

²⁸³ Ronny ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc. p. 626.

²⁸⁴ CE, 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, n°78519, *Leb.* p. 171, com. Jean-François LACHAUME, « L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 923-942 ; Paul LAGARDE, « Interprétation de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 relatif au séjour des ressortissants algériens en France », *Rev. Crit. DIP*, pp. 79-85, Gérard TEBOUL, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 631-640.

²⁸⁵ CE, 28 février 1913, *Compagnie des Chemins de Fer de l'Est*, *Leb.* p. 307.

²⁸⁶ Louis DUBOIS, « Le juge administratif français et le droit international », préc., p. 37.

d'effectuer un renvoi préjudiciel en interprétation – fut en effet par la suite employée comme argument au soutien de l'exclusivité de la compétence interprétative du ministère des Affaires étrangères. En l'espèce, la France fut condamnée par un organe arbitral en raison d'une violation de la Convention de Rome sur l'échange des Colis postaux²⁸⁷ qui dérivait de l'interprétation défectueuse du traité retenue par le Conseil d'État²⁸⁸. Mais s'il est possible d'alléguer que la jurisprudence *Compagnie des Chemins de Fer de l'Est* a engendré une forme de culpabilité au Palais Royal, il est heureux de constater que les répercussions de cet accident jurisprudentiel ne furent pas définitives.

103. Dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, Ronny Abraham incitait la très haute juridiction administrative à se détacher de ses inhibitions en affirmant qu'« *on ne voit pas que l'interprétation juridictionnelle soit vouée, par nature, à être plus souvent erronée que l'interprétation ministérielle* »²⁸⁹. Au surplus, Paul de Geouffre de la Pradelle soulignait que les interprétations ministérielles n'étaient de la même manière pas à l'abri de toute critique, affirmant à ce titre que celles-ci pouvaient s'avérer également « *dans des périodes de tension... incertaines, versatiles et souvent contradictoires* »²⁹⁰. En revanche, le juge, spécialiste de l'interprétation normative, disposait des outils principaux d'interprétation des conventions internationales explicitées par la Convention de Vienne : le sens ordinaire des mots replacés dans leur contexte, ainsi que l'objet et le but du Traité. La combinaison de ces outils et de l'ouverture d'une possibilité de demander des pièces complémentaires au ministère des Affaires étrangères place l'autorité judiciaire dans une situation dans laquelle l'interprétation erronée du droit conventionnel peut être évitée.

104. L'argument comparatiste en témoigne. Dans les certains grands systèmes juridictionnels européens, tels que l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, le Royaume-Uni ou encore la Suisse, l'autorité judiciaire peut en effet obtenir du gouvernement des informations pour éclaircir le sens du traité, mais les réponses obtenues à l'issue de cette procédure ne lient pas ses interprétations²⁹¹. Dans ces ordres juridiques, les traités sont donc

²⁸⁷ Convention concernant l'échange des colis postaux, conclue à Rome le 26 mai 1906, *JORF*, 20 avril 1911, p. 3766.

²⁸⁸ V. Ronny ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc., p. 624.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 626.

²⁹⁰ Paul DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Juridiction administrative et droit international », préc., p. 27.

²⁹¹ Jochen Abraham FROWEIN, Karin OELLERS-FRAHM, « L'application des Traités dans l'ordre juridique interne – rapport de synthèse », in Pierre-Michel Eisemann (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996,

interprétés par des organes juridictionnels, sans tutelle de l'autorité exécutive. Or, l'autonomie de l'office interprétatif de ces juges n'a pas généré un aléa problématique dans leur jurisprudence. La mise en jeu de la responsabilité internationale de ces États européens du fait d'interprétations juridictionnelles défectueuses ne s'y est d'ailleurs pas avérée plus fréquente qu'en France. L'argument juridique ayant permis le maintien de la jurisprudence *Dame Veuve Murat*, tiré des suites de l'arrêt *Compagnie des Chemins de Fer de l'Est* a donc également été mis à mal.

105. Mais la pierre angulaire du déclinatoire de compétence de la très haute juridiction administrative se situait dans des considérations de politique jurisprudentielle. La jurisprudence *Dame Veuve Murat* trouvait en effet son fondement le plus solide dans les réticences du juge à s'immiscer dans la conduite des relations extérieures de l'État français²⁹². Il était craint que la marge de négociation du gouvernement dans le cadre d'une procédure contentieuse internationale puisse se trouver affaiblie par une interprétation antérieurement délivrée par l'une de ses juridictions internes²⁹³. La façon dont le Conseil d'État appréhende le droit conventionnel a toutefois significativement évolué, ce qui a eu pour effet de créer des brèches dans cet argumentaire. En effet, la très haute juridiction administrative a été amenée à statuer de plus en plus fréquemment sur le fondement d'accords internationaux – notamment en raison de la multiplication des traités de protection des droits fondamentaux – qui ont dès lors pleinement trouvé leur place parmi les sources du bloc de légalité de l'ordre juridique

pp. 11-25 (23) ; Pierre PESCATORE, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses États membres », *Études de droit des Communautés européennes : Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 355-407 ; la jurisprudence *Haegemann* analysée précédemment constitue une illustration complémentaire – car inscrite dans un cadre extranational- de prétoire européen exerçant un office d'interprétation des accords internationaux autonome de toute autorité exécutive, CJCE, 20 avril 1974, *Haegemann contre Commission*, préc.

²⁹² Edouard LAFERRIERE a clairement résumé le fondement des réticences du Conseil d'État à revenir sur sa jurisprudence *Dame Veuve Murat* (CE, 23 juillet 1823, *Dame Veuve Murat, Comtesse de Lipona, Leb.* p. 545) en expliquant que « ce droit [d'interprétation au bénéfice du juge interne], s'exerçant dans chaque État avec une égale indépendance pourrait engendrer des jurisprudences divergentes qui rompraient l'unité de l'acte diplomatique et risqueraient même de le paralyser entièrement », (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, Paris, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, p. 51) ; il convient de souligner que cet argument de préservation du consensualisme et des souverainetés étatiques ne nous apparaît pouvoir être soutenu aujourd'hui qu'en faisant abstraction de la théorie de l'interprétation non authentique des traités et en niant le caractère décentralisé du droit international, exercice aujourd'hui difficile eu égard à ses évolutions. V. Quoc Dinh N'GUYEN, Patrick DAILLIER, Alain PELLET, Mathias FORTEAU, *Droit international public, op. cit.*, pp. 251-252.

²⁹³ Il est intéressant de relever que ce motif fonde le défaut d'invocabilité des accords OMC en qualité de critère de la légalité des actes internes devant la Cour de justice de l'Union européenne, V. *infra*, Ce Titre, Chapitre 2, Section 1, § 3, B, 1).

français. En d'autres termes, le temps où le droit conventionnel était strictement considéré comme un instrument de régulation des relations internationales est aujourd'hui révolu.

B. Les motifs du transfert de la compétence d'interprétation des accords internationaux à l'autorité juridictionnelle

106. L'arrêt *GISTI*²⁹⁴ s'inscrit dans la dynamique de juridicisation du droit international. Trois séries d'arguments ont contribué à la reconnaissance de la nécessité de consacrer la compétence du Conseil d'État pour interpréter les accords internationaux. La première tient aux conséquences à tirer de l'arrêt *Nicolo*²⁹⁵. L'abandon de la théorie de l'écran législatif dans le cadre du contrôle de conventionnalité, induit par la consécration de la primauté des traités sur les lois, a conduit à un accroissement conséquent du nombre de recours fondés sur l'allégation d'une violation du droit conventionnel²⁹⁶. Ronny Abraham indiquait pour cette raison aux juges du Conseil d'État que « *le maintien de la compétence exclusive du ministre conduirait à vous dépouiller d'une part croissante de votre fonction juridictionnelle, et la "mutilation" dont parlait Daniel Labetoulle, critiquable dans son principe même, prendrait des proportions inacceptables* »²⁹⁷.

107. De plus, outre le problème de l'emprise quantitative du pouvoir exécutif sur le contentieux de la validité, la question de la légitimité du ministère des Affaires étrangères pour apprécier la validité de l'acte législatif se posait. Étant entendu que l'interprétation commande bien souvent l'issue du litige, la persistance d'une tutelle ministérielle sur l'interprétation des engagements internationaux avait pour effet de conférer au pouvoir exécutif une emprise considérable sur le contentieux de la validité des actes législatifs. Les effets combinés de la jurisprudence *Nicolo* et de la compétence interprétative de l'exécutif conduisaient ainsi à conférer au gouvernement une emprise directe sur la question de

²⁹⁴ CE, 29 juin 1990, *Groupe d'informations et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

²⁹⁵ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

²⁹⁶ Force est en effet de constater que les hypothèses d'application de la jurisprudence *Dame Kirkwood* (CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, n° 16690, *Leb.* p. 291, com. Marcel WALINE, « Note sous CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood (R.D.P., 1952)* », in *Notes D'arrêts de Marcel Waline*, T. 1, Paris, Dalloz, 2004, pp. 549-551) se voyaient drastiquement réduites par l'existence de l'écran législatif avant la jurisprudence *Nicolo*, (CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.).

²⁹⁷ Ronny ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc., p. 626 ; le commissaire du gouvernement se réfère aux conclusions de Daniel LABETOULLE sur l'arrêt *Debout*, (conclusions sur CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, *Leb.* p. 395).

l'applicabilité de la loi²⁹⁸. De fait, cette prérogative de l'exécutif apparaissait clairement inconstitutionnelle ; le Commissaire du gouvernement Abraham affirmait en ce sens qu'il était inenvisageable que le pouvoir dont le Conseil d'État est investi au titre de l'article 55 de la Constitution, « *d'écarter l'application de la loi postérieure contraire à une convention internationale, puisse être en quelque sorte délégué, même indirectement à une autorité gouvernementale* »²⁹⁹. En outre, si l'aptitude du pouvoir exécutif à écarter la loi inconstitutionnelle paraissait inconstitutionnelle, la possibilité qui lui était *a contrario* ouverte de vider de sa substance le principe de la suprématie des traités, en interprétant un accord international d'une manière complaisante à l'égard de loi nationale, s'avérait également problématique³⁰⁰. Par exemple, des interprétations tendant au rejet systématique de l'effet direct des accords invoqués par les requérants priverait le principe de primauté des traités de toute incidence sur la validité de la loi inconstitutionnelle³⁰¹. La proximité temporelle des jurisprudences *Nicolo* et *GISTI* témoigne de l'influence déterminante de cet argument dans la reconnaissance de la compétence du Conseil d'État pour interpréter les accords internationaux. Le rôle qu'a pu jouer la décision du Conseil constitutionnel du 11 janvier 1990, aux termes de laquelle « *ni le législateur, ni le gouvernement, ni aucune autorité administrative ne peut empiéter sur l'indépendance des juridictions judiciaires et administratives* »³⁰², ne doit cependant pas être négligé. Comme le souligne Marie-France Buffet-Tchakaloff, « *les cautions du juge constitutionnel ont certainement incité la juridiction administrative à s'affranchir de sa subordination consentie envers l'exécutif* »³⁰³.

108. Le second élément ayant conduit le Conseil d'État à s'émanciper de la tutelle de l'exécutif dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation des traités réside dans la révolution silencieuse introduite dans sa jurisprudence par le recours à la théorie de l'acte clair³⁰⁴. Celle-ci implique que l'obligation de renvoi en interprétation devant le ministre des Affaires

²⁹⁸ Précisons à cet égard que si le Conseil d'État ne peut que laisser inappliquée la loi inconstitutionnelle au terme de la jurisprudence *Nicolo*, c'est bien le constat d'invalidité de l'acte législatif qui dicte cette inapplication.

²⁹⁹ Ronny ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc., p. 627.

³⁰⁰ Jean-François LACHAUME, « L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales », préc., p. 925.

³⁰¹ Il convient de préciser dès ici qu'un tel risque n'est pas propre à l'interprétation gouvernementale, l'interprétation judiciaire pouvant par la même méthode produire un tel effet neutralisant.

³⁰² Cons. const., 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, n°89-271, *Rec. CC*, p. 21.

³⁰³ Marie-France BUFFET-TCHAKALOFF, « L'interprétation des Traités internationaux par le Conseil d'État - L'arrêt *GISTI* », *R.G.D.I.P.*, 1991, pp. 109-124 (114).

³⁰⁴ V. par exemple, CE, ass., 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation contre Peltier*, *Leb.* p. 128.

étrangères se trouve neutralisée lorsque le sens de la stipulation conventionnelle invoquée est dépourvu d'ambiguïté. L'usage de la théorie de l'acte clair est donc une application de la célèbre maxime de Vattel selon laquelle « *il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation* »³⁰⁵. Deux propositions permettent d'identifier la théorie de l'acte clair comme un vecteur de l'émergence de la compétence du Conseil d'État pour interpréter les traités. D'une part et d'un point de vue théorique, l'opération conduisant à l'affirmation de la clarté de la disposition ne peut être analysée que comme un raisonnement interprétatif, dans la mesure où la détermination du caractère clair ou obscur d'une disposition procède d'un jugement sur le degré d'évidence d'une proposition syntaxique. Autrement dit, n'est-ce pas déjà interpréter un texte que de juger de son degré de clarté, de la nécessité d'une interprétation pour lui attribuer un sens ou une portée ? D'autre part et d'un point de vue plus pratique, le Conseil d'État a régulièrement conclu à la clarté de l'acte. Le caractère ponctuel des renvois³⁰⁶ – dont on peut trouver une justification dans la volonté de ne pas allonger les délais de procédure – met en évidence la souplesse avec laquelle la haute juridiction administrative appréhende la théorie de l'acte clair. Ce libéralisme permet d'affirmer que, même avant la jurisprudence *GISTI*, le ministère des Affaires étrangères n'était plus qu'un interprète résiduel des accords internationaux. L'arrêt *Peltier*³⁰⁷ illustre parfaitement cet état de fait : en l'espèce, le Conseil d'État avait jugé claire une stipulation conventionnelle³⁰⁸, pour lui attribuer un sens distinct de celui que lui avait pourtant conféré le ministère des Affaires étrangères saisi d'un renvoi préjudiciel par le juge de première instance à l'occasion de la même affaire. La jurisprudence *GISTI* peut ainsi être appréhendée comme le prolongement et l'aboutissement de l'extension significative de la notion d'acte clair dans la jurisprudence du Conseil d'État.

109. Le troisième et dernier fondement commandant l'abandon de la jurisprudence *Dame Veuve Murat*³⁰⁹ résidait dans son incompatibilité manifeste avec le droit à un tribunal et au

³⁰⁵ Emer DE VATTEL, *Le droit des gens ou le principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, T. 2, Paris, Librairie diplomatique, française et étrangère, 1835, p. 2.

³⁰⁶ Le commissaire du gouvernement Ronny ABRAHAM comptabilise « [b]on an mal an, [...] moins d'une demie douzaine de questions d'interprétation [...] chaque année », (« Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc., p. 628).

³⁰⁷ CE, ass., 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation contre Peltier*, préc.

³⁰⁸ En l'espèce le protocole additionnel n°4 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 16 septembre 1963 qui dispose que la liberté de quitter son pays ne peut être limité que par la loi.

³⁰⁹ CE, 23 juillet 1823, *Dame Veuve Murat, Comtesse de Lipona*, préc.

procès équitable tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'Homme³¹⁰. La référence à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans les visas de l'arrêt *GISTI* était à ce titre révélatrice du souci du Conseil d'État de mettre en place une procédure d'interprétation des traités qui fut conforme aux exigences de son article 6, paragraphe 1. L'autolimitation à laquelle s'astreignait le juge administratif s'avérait particulièrement problématique au regard du droit de la CEDH lorsqu'un litige opposait un particulier à l'administration³¹¹. Dans une telle hypothèse, l'égalité des armes n'était plus assurée. Dès lors que l'exécutif commandait par ses interprétations l'issue du litige, la position de l'administration se heurtait à l'adage *aliquis non debet esse judex in propria causa*³¹², et donc à l'article 6 de la Convention³¹³. Il était en effet difficile d'envisager que le ministère des Affaires étrangères retienne des interprétations du droit conventionnel qui soient défavorables à l'administration partie au litige, dans la mesure où « *la solidarité gouvernementale et l'unité de l'État rendent, par définition, les cas de conflit exceptionnels* »³¹⁴. En outre, cette interprétation s'imposait avec force obligatoire aux juridictions administratives, sans qu'elles n'aient pu être soumises à un débat contradictoire. Ce monopole interprétatif du gouvernement entraînait donc en conflit avec le droit au procès équitable tel que garanti par l'article 6, paragraphe 1 de la CEDH³¹⁵.

110. La nécessité de tirer les conséquences de l'arrêt *Nicolo*³¹⁶, la très large diffusion de la théorie de l'acte clair et l'obligation de mettre le droit processuel administratif en conformité avec les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ont

³¹⁰ En 1984, avant même que ne soit rendu par ses homologues strasbourgeois l'arrêt de condamnation *Beaumartin* (Cour EDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin contre France*, req. n°15287/89), le juge à la Cour de justice, Pierre PESCATORE, faisait déjà part de ses doutes quant à la compatibilité du mécanisme français de renvoi préjudiciel avec l'article 6 § 1 CEDH, (« L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses États membres », *Études de droit des Communautés européennes : Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, op. cit.*, pp. 402-403).

³¹¹ Cette rupture de l'égalité des armes est particulièrement flagrante lorsque l'administration, partie au litige, est le ministère des affaires étrangères. V. CE, 1^{er} octobre 1965, *Ministre des Affaires étrangères contre Dame Lavielle, Leb.* p. 590 ; CE 10 décembre 1969, *Sieur Guérin, Leb.* p. 565.

³¹² *Nul ne peut être juge de sa propre cause.*

³¹³ Rappelons que la Cour européenne des droits de l'Homme a, quatre jours après l'arrêt *Nicolo*, affirmé solennellement l'obligation pour toutes les juridictions administratives de garantir le bon respect de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des sauvegarde des droits de la l'Homme : Cour EDH, 24 octobre 1989, *H contre France*, req. n°10073/82.

³¹⁴ Ronny ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc., p. 627.

³¹⁵ La pertinence de cet argument fut vérifiée à la faveur de l'arrêt *Beaumartin*, à l'occasion duquel la CEDH a jugé le mécanisme de renvoi préjudiciel en interprétation pratiqué par le Conseil d'État contraire à l'article 6, paragraphe 1 CEDH : CE, 27 janvier 1989, *Beaumartin e.a., Leb.* p. 35 ; Cour EDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin contre France*, préc., § 38.

³¹⁶ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

conduit le Conseil d'État à s'attribuer la compétence d'interpréter les traités lors de l'arrêt *GISTI*³¹⁷. Cette évolution a permis à la très haute juridiction administrative de se dégager de la tutelle du ministère des Affaires étrangères pour déterminer le sens et apprécier l'invocabilité des accords internationaux. Il a ainsi été mis fin à ce qui fut qualifié d'« *archaïsme corrupteur de l'État de droit* »³¹⁸.

111. La consécration de la compétence du Conseil d'État pour interpréter les accords internationaux témoigne de l'évolution de son appréhension de la source conventionnelle : l'instrument diplomatique est devenu une véritable source du droit interne. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, et tout particulièrement les arrêts *Beaumartin*³¹⁹ et *Chevrol*³²⁰, ont incontestablement participé à cette prise de conscience de la nécessité de l'évolution du traitement juridictionnel du droit d'origine internationale.

112. L'aisance avec laquelle la Cour de justice s'est attribuée cette compétence interprétative peut s'expliquer par le fait que l'Union européenne et ses organes – en tant qu'émanations d'une construction juridique internationale³²¹ – ont plus rapidement reconnu la juridicité des normes qui composent le droit international. Et la consécration de la compétence interprétative de ces juridictions fonde leur aptitude à se prononcer sur leur invocabilité. L'appréciation de l'invocabilité se fonde en effet dans l'office d'interprétation des obligations conventionnelles. Toutefois, le pouvoir d'interpréter la sémantique d'une stipulation conventionnelle n'implique pas nécessairement celui d'apprécier son invocabilité.

³¹⁷ CE, 29 juin 1990, *Groupe d'informations et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

³¹⁸ Denis ALLAND, « Jamais, parfois, toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales », *R.G.D.I.P.*, 1996, p. 599-652 (601).

³¹⁹ Cour EDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin contre France*, préc.

³²⁰ Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol contre France*, req. n°49636/99.

³²¹ V. Alain PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *R.C.A.D.E.*, 1997, pp. 193-271.

Section 2 : La corrélation partielle des compétences d'interprétation de la sémantique et de l'effet direct du droit conventionnel

113. La reconnaissance de l'effet direct est une condition de principe de l'invocabilité des accords internationaux comme critère de la légalité des actes internes³²². Et l'appréciation de l'effet direct d'une norme conventionnelle est une activité de nature interprétative³²³. Par conséquent, la compétence dont une juridiction est titulaire pour interpréter une stipulation conventionnelle devrait logiquement induire son aptitude à se prononcer sur son effet direct. Pour autant, la corrélation entre la compétence pour déterminer le sens et la compétence pour apprécier l'effet direct d'une règle conventionnelle ne se vérifie pas systématiquement. Plus précisément, la compétence pour interpréter le sens d'une stipulation conventionnelle et la substance des obligations qu'elle porte – qui sera désignée ici sous le vocable d'interprétation sémantique – n'implique pas nécessairement la compétence pour apprécier son effet direct.

114. Soucieuse de préserver la répartition intracommunautaire des compétences d'exécution des accords mixtes, la Cour de justice de l'Union européenne a séparé sa compétence d'interprétation sémantique de sa compétence pour interpréter leur effet direct. La reconnaissance de l'effet direct permet en effet l'exécution juridictionnelle de la règle conventionnelle. Pour cette raison, la Cour a laissé aux juridictions des États membres le pouvoir de se prononcer sur l'effet direct de celles des stipulations des accords mixtes qui relèvent de compétences non préemptées par l'Union européenne. Il en résulte que la compétence pour interpréter la sémantique d'une stipulation conventionnelle est indifférente à la communautarisation du domaine qu'elle régit, alors que la compétence d'interprétation de l'invocabilité nécessite que le domaine concerné soit largement couvert par le droit de l'Union européenne.

³²² La condition de réciprocité est également une condition d'invocabilité de certains accords internationaux. La compétence de la Cour de justice et du Conseil d'État français pour se prononcer sur cette question est analysée *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 1, § 2, C (concernant le Conseil d'État), et § 3, A (concernant la Cour de justice).

³²³ Le juge Jiří MALENOVSKÝ écrit en ce sens que « *pour déterminer ses effets (soit directs, soit indirects), l'accord doit faire l'objet d'une interprétation selon les règles d'interprétation du droit international (articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)* », (« La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga trentenaire de la domestication du droit international public », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, *op. cit.*, pp. 47-48).

115. L'appréciation de l'effet direct est une opération de nature interprétative, ce qui induit que la compétence d'une juridiction pour interpréter une règle conventionnelle l'investit souvent du pouvoir de se prononcer sur son effet direct (§1). Pour ce qui concerne l'interprétation des accords mixtes, la juridiction de l'Union a néanmoins dissocié les règles régissant la répartition verticale de la compétence pour interpréter leur sémantique, de celles qui permettent l'identification de la juridiction ayant le pouvoir de se prononcer sur leur effet direct (§2).

§ 1. La nature interprétative de l'appréciation de l'effet direct

116. Le traitement souvent différencié dans les études doctrinales des questions relatives à l'invocabilité et à l'interprétation résulte à première vue d'une réduction de l'activité herméneutique à l'opération de délimitation du sens à donner à la sémantique de la norme appliquée par le juge au cours du litige. Mais, plus que d'une incompréhension de la nature de la recherche de l'invocabilité, cette césure procède d'une volonté pédagogique de distinguer le général, l'interprétation du sens des traités, du particulier, l'interprétation de leur invocabilité en raison des conséquences distinctes qui s'y attachent.

117. Le raisonnement du juge est traditionnellement divisé en trois étapes dans le cadre d'un litige à l'occasion duquel une partie se prévaut d'un accord international pour contester la validité d'un acte interne. Dans un premier temps, le juge examine l'effet direct de la disposition du traité invoqué, ensuite il opère une interprétation de sa sémantique dans le cadre concret du différend, pour enfin, dans un troisième mouvement, statuer sur l'existence de la violation de ladite prescription conventionnelle³²⁴. Le lien de subséquence entre l'interprétation et l'application de la norme aboutit parfois à un cantonnement du processus interprétatif à la seconde étape³²⁵. Il nous apparaît cependant nécessaire d'étendre le champ de l'office interprétatif à la première, en y incluant donc la recherche de l'invocabilité de

³²⁴ Hans KELSEN affirme la précedence nécessaire de l'opération d'interprétation sur l'opération d'application de la règle de droit en soutenant que « toutes les normes juridiques appellent une interprétation en tant qu'elles doivent être appliquées », (*Théorie pure du droit*, Paris, 2^{ème} éd., trad. Charles EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 454).

³²⁵ Ainsi, l'analyse de la compétence interprétative des juridictions françaises est développée dans les travaux de Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY dans le chapitre relatif à l'application et non en celui dédié à l'applicabilité des Traités, (« Application de la norme internationale », *jscl. Droit administratif*, fasc. n°22, 2003, n° 8-24).

l'accord international. Arne Vandaele et Erik Claes, qui ont opéré le même séquençage du raisonnement du juge, affirment ainsi que « *le processus d'interprétation [...] ne vaut pas seulement dans la deuxième phase, mais aussi dans la première* »³²⁶.

118. Dans son dictionnaire de vocabulaire juridique, Gérard Cornu définit l'interprétation judiciaire comme « *l'opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur* »³²⁷. Incorporer l'examen de l'invocabilité de la règle de droit dans l'office d'interprétation du juge implique donc d'intégrer dans la recherche de son signifié l'examen de la capacité qu'ont les justiciables de s'en prévaloir. Une série d'arguments plaide en faveur de l'intégration de l'opération d'appréciation de l'effet direct de la norme internationale dans le processus interprétatif. Le premier tient au positionnement des juridictions française et de l'Union sur cette question (A), le deuxième est relatif aux voies de droit susceptibles d'accueillir cet examen (B) et le dernier s'attache aux techniques employées par le juge pour déterminer l'invocabilité des traités (C).

A. L'affirmation jurisprudentielle de la nature interprétative de l'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux

119. Le positionnement de la Cour de justice ne souffre pas d'équivoque quant à la reconnaissance de la nature interprétative de la détermination de l'effet direct d'une norme. En effet, à l'occasion du célèbre arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour fut saisie à titre préjudiciel de la question de savoir « *si l'article 12 du Traité C.E.E. [actuel article 30 du TFUE, amendé] a un effet interne, en d'autres termes, si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder* »³²⁸ ; autrement dit, la juridiction de Luxembourg devait se prononcer sur l'invocabilité de l'article 12 du TCEE [actuel article 30 du TFUE, amendé] devant les juridictions néerlandaises. Suivant les conclusions de l'avocat général Karl Roemer³²⁹, la juridiction de l'Union européenne s'estima compétente

³²⁶ Arne VAENDELE, Erik CLAES, *L'effet direct des Traités internationaux. Une analyse en droit positif axée sur les droits de l'homme*, Leuven, Instituut voor Internationaal Recht, working paper n°15, K.U. Leuven, 2001, p. 8.

³²⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 475.

³²⁸ CJCE, 5 février 1963, *N.V. Algemene Transport- En expeditie Onderneming van Gend & Loos*, 26/62, *Rec.* p. 7.

³²⁹ L'avocat général Karl ROEMER souligna en effet dans ses conclusions que « *Les effets d'un traité international dépendent en premier lieu du point de savoir quelle portée juridique ses auteurs ont entendu*

pour répondre à cette demande en affirmant « *qu'il lui est demandé exclusivement, conformément à l'article 177, a) [actuel 267, 1 du TFUE], du Traité, d'interpréter la portée de l'article 12 du Traité dans le cadre du droit communautaire et sous l'aspect de son incidence sur les particuliers* »³³⁰. Cette approche interprétative de l'appréciation de l'effet direct a été reconduite par la Cour de justice concernant le droit conventionnel. La juridiction de l'Union a ainsi indiqué dans l'arrêt *Kupferberg* que : « *Les institutions communautaires [...] sont libres de convenir avec [un pays tiers] des effets que les dispositions de l'accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes. Ce n'est que si cette question n'a pas été réglée par l'accord qu'il incombe aux juridictions compétentes et en particulier à la Cour, dans le cadre de sa compétence en vertu du Traité, de trancher au même titre que toute autre question d'interprétation relative à l'application de l'accord international dans la Communauté* »³³¹. Piet Eeckhout a confirmé cette nature interprétative de la détermination de l'effet direct d'une stipulation conventionnelle lorsqu'il observait que « *if the agreement does not determine its legal effects, it is for the Court of justice to do so, as a matter of interpretation of the agreement* »³³².

120. Le Conseil d'État avait auparavant adopté une solution similaire dans l'arrêt *Pétalas*. La très haute juridiction administrative a d'abord observé qu'il n'était pas évident que les dispositions de l'article 13 de l'accord franco-hellénique du 11 avril 1906 « *ne créent pas seulement des obligations entre les gouvernements signataires [...], mais qu'elles ont été introduites dans un acte diplomatique au profit des individus menacés d'extradition, lesquels peuvent ainsi s'en prévaloir pour obtenir l'annulation de la décision prise à leur encontre* ». Autrement dit, l'effet direct de cette stipulation était incertain. Elle en déduit que « *le mérite du moyen [fondé sur la violation de l'article 13] ne pourra, dès lors, être apprécié par ledit Conseil que lorsque ces dispositions auront fait l'objet d'une interprétation à laquelle il ne*

donner à ses différentes dispositions, si elles ne contiennent que des programmes, des déclarations de volonté, des obligations de faire sur le plan international, ou bien si une partie d'entre elles doit avoir un effet direct sur l'ordre juridique des États membres. Si l'examen se limite à cet aspect, sans porter un jugement sur le point de savoir comment le droit national adopte les conséquences voulues du traité dans l'ordre juridique national, il se déroule dans le domaine de l'interprétation », (Conclusions du 12 décembre 1962 sur CJCE, *N.V. Algemene Transport- En expeditie Onderneming Van Gend & Loos*, préc., p. 37).

³³⁰ CJCE, 5 février 1963, *N.V. Algemene Transport- En expeditie Onderneming Van Gend & Loos*, préc., p. 22, nous soulignons.

³³¹ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt contre Kupferberg*, préc., pt. 17, nous soulignons.

³³² Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, Oxford, Oxford University press, 2^{ème} éd., 2011, p. 335. Traduction : « si l'accord ne détermine pas lui-même ses effets juridiques, il appartient à la Cour de justice de le faire, comme toute question d'interprétation ».

peut être procédé que par le ministère des Affaires étrangères »³³³. La Cour de justice et le Conseil d'État ont donc explicitement assimilé l'appréciation de l'effet direct à une interprétation de la norme conventionnelle³³⁴. La pertinence de cette assimilation est par ailleurs corroborée par la jurisprudence de la Cour suprême américaine, qui se réfère avec constance à son obligation d'interpréter les stipulations conventionnelles pour déterminer si celles-ci sont *self-executing*³³⁵.

B. Les techniques d'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux

121. Pour conclure à l'effet direct d'une règle conventionnelle, la Cour de justice et le Conseil d'État examinent non seulement la lettre de l'accord qui la porte, mais aussi certains éléments extrinsèques au traité. Les travaux préparatoires à la conclusion des traités ainsi que la finalité de ceux-ci peuvent s'avérer à ce titre particulièrement éclairant pour établir la volonté des parties. Il est intéressant de constater que ces méthodes d'analyse trouvent leur exacte symétrie dans les méthodes d'interprétation des traités définies dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne³³⁶. La Cour de justice de l'Union européenne a explicité son recours aux méthodes d'interprétation de la Convention de Vienne pour apprécier l'invocabilité d'une stipulation conventionnelle dans la jurisprudence *IATA* :

122. « [s]'agissant de l'interprétation desdits articles, il importe de souligner que, conformément à une jurisprudence constante, un traité international doit être interprété en fonction des termes dans lesquels il est rédigé ainsi qu'à la lumière de ses objectifs. Les articles 31 des conventions de Vienne, du 23 mai 1969, sur le droit des traités, et, du 21 mars 1986, sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui expriment en ce sens le droit international général coutumier, précisent, à cet égard, qu'un traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens

³³³ CE, 3 février 1956, *Pétalas*, *Leb.* p. 44, nous soulignons.

³³⁴ Concernant les doutes quant à cette assimilation ouverts par la jurisprudence *Dior*, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2, B.

³³⁵ La Cour fait ainsi référence à une « obligation to interpret treaty provisions to determine whether they are self-executing », (Cour suprême des États-Unis, 25 mars 2008, *Medellin v. Texas*, 552 U.S. p. 491, pt. 37).

³³⁶ L'article 31 de la convention sur le droit des traités stipule en effet qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » : Convention de Vienne sur le droit des traités, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, préc., p. 331 ; pour une telle assimilation, V. Bérangère TAXIL, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, *op. cit.*, pp. 375-377.

ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte, et à la lumière de son objet et de son but »³³⁷.

123. Le Commissaire du gouvernement Scanvic se référait également aux règles de la Convention sur le droit des traités dans ses conclusions sur l'arrêt *Bouilliez*, lorsqu'il indiquait « qu'outre le bon sens naturel du juge face à un texte obscur ou insuffisamment précis sur la question en cause, il y a lieu de se référer aux techniques résultant des principes généraux du droit international public tels que rappelés dans les articles 31 à 33 de la convention de Vienne sur le droit des traités »³³⁸.

124. Ces références répétées à l'article 31 de la Convention de Vienne témoignent du fait qu'une juridiction interprète une règle conventionnelle lorsqu'elle apprécie son effet direct. La symétrie des outils de recherche du sens et de l'effet direct des accords plaident en conséquence pour la jonction de ces deux opérations sous le titre d'interprétation des accords internationaux. De surcroît, les dispositifs procéduraux permettant aux interprètes du droit d'origine internationale de se prononcer sur son invocabilité confirment l'essence interprétative de cette évaluation.

C. Le renvoi préjudiciel en interprétation comme cadre de l'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux

125. Certaines procédures peuvent être initiées à la seule fin d'obtenir une interprétation de l'invocabilité d'une norme. La nature de celles-ci témoigne de la nature interprétative de l'appréciation de l'invocabilité. Avant l'arrêt *GISTI* de 1990³³⁹, le Conseil d'État posait en effet une question préjudicielle d'interprétation au ministère des Affaires étrangères lorsqu'il éprouvait des difficultés pour se prononcer sur l'invocabilité d'un accord international. En réponse, le ministère compétent lui indiquait si les dispositions d'un traité ont pour effet de

³³⁷ CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport (IATA)*, C-344/04, Rec. p. 403, pt. 40, com. Flavien MARIATTE, « Invocabilité », *Europe*, mars 2006, pp. 10-12 ; CJCE, 20 novembre 2001, *Jany e.a.*, C-268/99, Rec. p. I-8615, pt. 35.

³³⁸ Frédéric SCANVIC, « La place de l'individu au regard des conventions internationales », conclusions sur CE, 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, R.F.D.A., 1993, pp. 794-803 (798).

³³⁹ CE ass., 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

« créer des obligations entre les gouvernements signataires » ou « ont introduit des droits au profit des intéressés »³⁴⁰.

126. De même, dans l'ordre juridique de l'Union, les juridictions étatiques procèdent, au titre de l'article 267 du TFUE, à un renvoi préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elles ont un doute sur l'invocabilité de règles de droit de l'Union européenne d'origines interne ou externe³⁴¹.

127. Il convient donc de conclure qu'une acception *lato sensu* de l'office interprétatif du juge intègre non seulement et de manière orthodoxe la clarification du sens de la règle de droit mais aussi l'examen de l'effet direct de la norme invoquée par le requérant. De sorte que la Cour de justice et le Conseil d'État, qui sont compétents pour interpréter les accords internationaux en vigueur dans leur ordre juridique, le sont également pour apprécier leur effet direct. La principale difficulté, aujourd'hui persistante, réside dans la délimitation des champs de compétence respectifs de la Cour de justice et du Conseil d'État pour interpréter les accords mixtes. En la matière, il existe en effet une disjonction entre la compétence d'interprétation sémantique de l'accord et la compétence pour apprécier son effet direct. Il en découle que, sans remettre en cause la nature interprétative de la recherche de l'effet direct, la compétence de la Cour pour interpréter le sens d'une stipulation conventionnelle n'implique pas nécessairement sa compétence pour statuer sur son aptitude à produire un effet direct. Cette répartition cache des enjeux importants pour le justiciable dans la mesure où les conditions d'invocabilité des stipulations conventionnelles ne sont pas pleinement identiques devant les juridictions françaises et de l'Union.

³⁴⁰ CE, 3 février 1956, *Pétalas*, préc.

³⁴¹ En ce sens, le Commissaire du gouvernement Ronny ABRAHAM affirma en ses conclusions sur l'arrêt *GISTI* que « *La question des effets directs des Traités communautaires et des accords conclus par les Communautés européennes [...] ressortit non à votre appréciation mais à celle de la Cour de justice des Communautés européennes, dès lors qu'il s'agit d'un problème d'interprétation du droit communautaire* », (« Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, *R.F.D.A.*, 1997, pp. 585-597) ; pour des illustrations classiques d'arrêts rendus à titre préjudiciel par la Cour de justice sur la question de l'invocabilité de dispositions des Traités communautaires ou de stipulations d'accords conclus par la Communauté, V. CJCE, 5 février 1963, *N.V. Algemene Transport- En expeditie Onderneming Van Gend & Loos*, préc. ; CJCE, 20 avril 1974, *Haegemann contre Commission*, préc. ; CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel contre Stadt Schwäbisch Gmünd*, préc.

§ 2. Le cas des accords mixtes : la compétence pour apprécier l'effet direct dissociée de la compétence d'interprétation sémantique

128. La problématique de la répartition de la compétence d'appréciation de l'effet direct des accords internationaux entre la Cour de justice et les juridictions des États membres révèle son intérêt dans le cadre de l'étude des accords mixtes. Il convient de rappeler en premier lieu qu'en qualité d'accords internationaux faisant « *partie intégrante de l'ordre juridique communautaire* », les accords mixtes ont un statut constitutionnel équivalent aux accords purement européens³⁴². Si bien que leur interprétation relève de la compétence préjudicielle de la Cour de justice³⁴³. Cependant, en matière d'accords mixtes, le domaine de compétence – communautaire ou étatique – dans lequel la stipulation conventionnelle se situe détermine la compétence interprétative de la Cour de justice. Et la Cour de justice dispose d'une compétence exclusive pour tracer « *la ligne de partage entre les obligations* » imposées par les accords mixtes « *que l'Union assume et celles qui demeurent à la seule charge des États membres* »³⁴⁴. Il convient de préciser dès ici que, conclu sous la forme d'un accord mixte,

³⁴² Elefetheria NEFRAMI relève que, dans l'arrêt *Merck*, « *la Cour affirme le statut communautaire de l'accord ADPIC sans se référer au fait qu'il ait été conclu en vertu d'une compétence partagée. Il en découle que le critère de la considération d'un accord mixte comme accord communautaire et, partant, partant, le fondement de la compétence interprétative de la Cour, n'est pas la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres, mais la conclusion de l'accord par la Communauté* », (« L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes : à propos de l'arrêt *Merck Genéricos-productos Farmacêuticos Lda* de la CJCE du 11 septembre 2007 », *R.M.C.U.E.*, 2007, pp. 227-232 (230)). RASS HOLDGAARD adresse une critique à cette jurisprudence, considérant cette assimilation superflue et attentatoire au principe d'attribution des compétences. Il affirme ainsi : « *As a matter of principle, paragraph 31 of the Merck Genéricos judgment suggests that international obligations, which the community is not competent to assume, can be integrated in the community legal order. Such an ostensible disregard for the principle of conferred powers is unnecessary. [...] It is therefore to be hoped that the Court will correct this mishap in future cases and confirm that mixed agreements are only an integral part of community law to the extent they fall within the treaty-making competence of the community* », (« Case C-431/05 *Merck Genéricos - Productos Farmacêuticos Lda v. Merck & Co. Inc. (M. & Co.) and Merck Sharp & Dohme Lda MSL*, Judgment of the Court of Justice Grand Chamber of 11 September 2007, 2007 ECR I-7001 », préc., p. 1242). Traduction : « Par principe, le point 31 de l'arrêt *Merck Généricos* suggère que les obligations internationales, qui ne relèvent pas du champ de compétence de la Communauté, peuvent être partie intégrante de l'ordre juridique communautaire. Cette méconnaissance manifeste du principe d'attribution des compétences est superflue. [...] On espère pour cette raison que la Cour corrigera cette erreur dans sa jurisprudence ultérieure et confirmera que les accords mixtes ne sont une partie intégrante du droit communautaire qu'à la condition qu'ils relèvent du champ des compétences externes de la Communauté ».

³⁴³ CJCE, 30 septembre 1987, *Demirel*, préc., pt. 7 ; CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Productos farmaceuticos contre Merck & Co. Inc.*, préc., pt. 31 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 30.

³⁴⁴ CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Productos farmaceuticos contre Merck & Co. Inc.*, préc., pt. 33 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 31 ; pour une analyse explicitant la nécessité de la compétence de la

l'accord ADPIC a été le canevas sur lequel la juridiction de Luxembourg a dessiné les conditions de sa compétence pour interpréter les stipulations conventionnelles relevant d'un domaine de compétence partagée de l'Union européenne et de ses États membres³⁴⁵. Or, l'arrêt *Sankyo*³⁴⁶ de 2013 a consacré l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice pour interpréter l'accord ADPIC. Si bien que les logiques guidant la répartition de la compétence interprétative dégagées à la faveur des arrêts *Hermès*³⁴⁷, *Dior*³⁴⁸ et *Merck*³⁴⁹ sont maintenues dans la jurisprudence de la Cour, mais elles ne s'appliquent plus à l'accord ADPIC qui en était l'objet.

129. De manière générale, il est nécessaire de distinguer les cas dans lesquels une interprétation de la sémantique d'un accord mixte est réclamée, de ceux où l'examen de son effet direct est sollicité. Dans le premier, la préemption par l'Union d'une compétence partagée par son usage par ses institutions³⁵⁰ ne s'impose pas comme condition *sine qua non* de la compétence de la Cour. Elle s'avère en effet superflue pour dégager la compétence de la Cour pour interpréter le sens et la portée des stipulations conventionnelles d'un accord mixte (A). La préemption est en revanche nécessaire pour dégager la compétence de la Cour pour apprécier l'effet direct de ce type de prescriptions (B).

A. Le pouvoir d'interprétation sémantique des accords mixtes

130. La compétence de la Cour de justice pour interpréter la sémantique des stipulations conventionnelles est indifférente à la communautarisation des compétences partagées. En effet, la Cour juge depuis l'affaire *Hermès* que « lorsqu'une disposition peut trouver à

Cour de justice pour déterminer les champs de compétence des institutions de l'Union et de ses États membres, V. également, Joseph H. WEILER, Ulrich R. HALTERN, « The autonomy of the community legal order – through the looking glass », *Harv. ILJ*, 1996, pp. 411-448. Également disponible sur internet : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/96/9610-The-2.html>.

³⁴⁵ CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, préc., pt. 32 ; CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy BV*, préc., pt. 35 ; CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Productos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, préc., pt. 32.

³⁴⁶ CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre DEMO Anonymos*, préc.

³⁴⁷ CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, préc.

³⁴⁸ CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy BV*, préc.

³⁴⁹ CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Productos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, préc.

³⁵⁰ Sur la doctrine de la préemption, V. Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 30-141.

s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit communautaire, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, cette disposition reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer »³⁵¹. Le rattachement à une sphère de compétence interne ou communautaire de l'application des dispositions procédurales de l'accord ADPIC³⁵², telle que celle portée à la connaissance de la Cour dans l'affaire *Hermès*, dépend des faits d'espèce. Or, en se fondant sur la potentialité d'un différend impliquant l'application du droit communautaire des marques³⁵³, la juridiction de l'Union a affirmé dans l'arrêt *Hermès* que la nécessité de l'harmonisation des interprétations dans l'espace communautaire fondait sa compétence interprétative, alors même que le litige pendant devant le juge *a quo* concernait exclusivement le droit belge des marques. L'exercice par les institutions de l'Union de leur compétence en matière de marques implique donc, en l'espèce, une préemption par la Cour du pouvoir d'interprétation des dispositions des accords mixtes relatives à ce domaine, même dans le cadre de litiges où la législation de l'Union n'est pas en cause.

131. Le raisonnement développé par la Cour de justice à l'occasion de la jurisprudence *Hermès* ne pouvait être reconduit *in extenso* dans l'affaire *Dior*, dans la mesure où la stipulation soumise à l'interprétation de la Cour affectait une sphère de compétence où les institutions communautaires n'avaient pas encore légiféré : la protection contre l'imitation de modèles industriels. La juridiction de l'Union a pourtant de la même manière établi sa compétence interprétative en jugeant que « *les États membres et les institutions communautaires sont tenus à une obligation de coopération étroite dans l'exécution des engagements qu'ils ont assumés en vertu d'une compétence partagée pour conclure l'accord OMC, le TRIPs compris [...]. L'article 50 du TRIPs constituant une disposition procédurale, qui a vocation à s'appliquer de la même manière dans toutes les situations relevant de son*

³⁵¹ CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, préc., pt. 32 ; CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy BV*, préc., pt. 35 ; CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, C-431/05, préc., pt. 32.

³⁵² Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1 C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *JOCE*, L 336, 23 décembre 1994, p. 1.

³⁵³ En l'occurrence, l'article 99 du règlement n° 40/94 du Conseil sur la marque communautaire : Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, *JOCE*, L 11, 14 janvier 1994, pp. 1-36.

champ d'application et est susceptible de s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit communautaire, cette obligation nécessite, tant pour des raisons pratiques que juridiques, que les instances des États membres et de la Communauté en adoptent une interprétation uniforme »³⁵⁴.

132. Plusieurs arguments fondent la compétence de la Cour dans un domaine de compétence partagé dans lequel l'Union n'a pourtant pas encore légiféré³⁵⁵. L'obligation de coopération "étroite" (ou loyale) entre l'Union et ses États membres, tirée de l'article 4, paragraphe 3 du TUE, impose aux États membres de ne pas compromettre la réalisation des objectifs de l'action externe de l'Union³⁵⁶. Eleftheria Neframi a précisé que l'unité de représentation pourrait fonder la compétence de la Cour pour interpréter la sémantique de l'ensemble des stipulations d'un accord mixte qui relèvent d'un domaine de compétence partagée. L'auteur indique ainsi, à propos de l'arrêt *Hermès*³⁵⁷, que « [l]es dispositions [soumises à interprétation] ont beau ne pas relever directement de la compétence communautaire, leur interprétation n'affecte pas moins l'application du droit communautaire, soit en raison de l'affectation directe de règles communautaires existantes, soit en raison d'une éventuelle divergence d'interprétation non souhaitable pour l'unité de la représentation internationale de la Communauté »³⁵⁸. Et, l'efficacité de l'unité d'action, tout comme la crédibilité de l'unité de représentation, dans l'ordre international exige l'unité d'interprétation des accords mixtes dans les ordres juridiques de l'Union et de ses États membres³⁵⁹. En outre, l'unité d'interprétation, garantie par la compétence de la Cour, permet de prévenir l'engagement de la responsabilité internationale de l'Union qui pourrait survenir

³⁵⁴ CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy BV*, C-300/98, Rec. p. I-11307, pts. 36-37.

³⁵⁵ Il convient de préciser que, selon certains auteurs, l'arrêt *Dior* ((CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy Bv*, préc.) ne confère pas de compétence générale à la Cour pour interpréter la sémantique des stipulations conventionnelles relevant d'un domaine de compétence partagée dans lequel l'Union n'a pas encore exercé sa compétence en légiférant. Hugo FLAVIER explique ainsi qu'« *il ne semble pas que la Cour de justice se reconnaisse une compétence interprétative générale, fondée sur la nature communautaire, et désormais, européenne, d'un accord mixte. Elle insiste en effet sur la nature procédurale de l'article 50 du TRIPs qui, en tant que telle, aurait vocation à s'appliquer à des situations relevant aussi bien du droit de l'Union que du droit national* », (*La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant 2012, pp. 439-440).

³⁵⁶ Panos KOUTRAKOS, « The interpretation of mixed agreements under the preliminary reference procedure », *E.F.A. Rev.*, 2002, pp. 25-52 (49-50).

³⁵⁷ CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, préc.

³⁵⁸ Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, op. cit., pp. 626-627.

³⁵⁹ Rass HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV, European monographs, 2008, pp. 190-191.

si l'un de ses États membres violait une obligation tirée de l'accord mixte³⁶⁰. La dévolution de cette compétence interprétative aux juridictions internes créerait en effet au contraire un cadre favorable à une fragmentation des interprétations, ce qui accroîtrait logiquement les risques de violation dudit accord³⁶¹.

133. Dès lors, la jurisprudence de la Cour de justice permet de conclure à son indifférence à l'égard de l'exercice des compétences partagées par les institutions de l'Union pour dégager sa compétence d'interprétation de la sémantique des stipulations des accords mixtes relevant de ces domaines. Cette solution diffère de la position de la Cour sur la question de sa compétence pour apprécier leur invocabilité.

B. Le pouvoir d'interprétation de l'invocabilité des accords mixtes

134. La jurisprudence relative à l'appréciation de l'effet direct des accords mixtes est venue semer un certain trouble dans la doctrine. Celui-ci s'est dissipé lorsque l'interprétation sémantique a été distinguée de l'appréciation de l'effet direct des traités. Rappelons que, dans les divers avatars de la jurisprudence *Hermès*³⁶², la Cour a fondé sa compétence pour interpréter la sémantique des accords mixtes sur l'intérêt communautaire certain d'éviter des divergences d'interprétation futures, en vue d'en obtenir une application uniforme dans

³⁶⁰ Cette analyse est notamment développée par Eleftheria NEFRAMI qui présente les causes de l'imputabilité à l'Union de l'illicéité commise par un État membre : « *the international responsibility of the Union for provisions of a mixed agreement falling outside its exclusive competence derives from the fact that the duty of loyal cooperation obliges the Union and the Member States to act as a unitary actor, as a single contracting party at the international level* », (« Mixed Agreements as a Source of European Union Law », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, *op. cit.*, p. 344 ; V. également, du même auteur, « La compétence de la Cour de Justice pour interpréter l'accord TRIPs selon l'arrêt "Christian Dior" », *R.D.U.E.*, 2001, pp. 491-519 (506)). Traduction : « la responsabilité internationale de l'Union en ce qui concerne les stipulations d'un accord mixte ne relevant pas de sa compétence exclusive résulte du fait que l'obligation de coopération loyale oblige l'Union et les États membres à agir de manière unitaire, comme une seule partie contractante, dans l'ordre international ».

³⁶¹ Il serait d'ailleurs dans l'intérêt de l'Union d'étendre le champ de compétence interprétative de la Cour de justice à l'ensemble des stipulations conventionnelles relevant de ses compétences partagées pour garantir cette unité de représentation. Une lecture extensive de ce type de la compétence interprétative de la Cour est en effet la seule apte à éviter que la responsabilité de la violation par les États membres des stipulations conventionnelles relevant de leur champ de compétence soit imputée à l'Union.

³⁶² CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, C-53/96, *Rec.* p. I-11307, *com.* Andrea Filippo GAGLIARDI, « The right of individuals to invoke the provisions of mixed agreements before the national courts: a new message from Luxembourg ? », *E.L. Rev.*, 1999, pp. 276-292 ; Anne RIGAUD, Denis SIMON, *Europe*, août-septembre 1998, pp. 10-11.

l'espace juridique européen³⁶³. Panos Koutrakos en a déduit fort logiquement que « *it appears that only in areas clearly falling within the exclusive competence of the Member States would it be precluded from exercising its jurisdiction* »³⁶⁴. Au contraire de l'interprétation sémantique des traités, la reconnaissance de l'effet direct a été assimilée à un acte d'exécution d'une règle conventionnelle, dans la mesure où « *l'appréciation de l'effet direct aboutit à l'application ou la non-application de la disposition dans le cas d'espèce* ». ³⁶⁵. La compétence de la Cour de justice pour apprécier l'effet direct des accords mixtes nécessite la préemption unionaire des compétences partagées³⁶⁶, car « *les États membres restent compétents pour l'application des dispositions relevant de leur propre compétence* »³⁶⁷.

135. La compétence de la Cour de justice pour interpréter l'effet direct des accords internationaux est tributaire de l'unionisation des compétences partagées. La jurisprudence *Dior* fut à cet égard la première pièce d'une construction jurisprudentielle qui visait à distinguer la compétence d'interprétation sémantique de la compétence d'appréciation de l'effet direct des accords mixtes, assimilée à un pouvoir d'application de ces derniers. Ainsi, outre les questions précédemment étudiées, il était demandé à la Cour de se prononcer sur l'effet direct de l'article 50, paragraphe 6 de l'ADPIC. La juridiction de Luxembourg a répondu à cette interrogation en affirmant que « *s'agissant d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des*

³⁶³ CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, préc., pt. 32 ; CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy BV*, préc., pt. 35 ; CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Productos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc*, C-431/05, préc., pt. 32.

³⁶⁴ Panos KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Londres, Hart Publishing, Modern Studies in European Law, 2005, p. 202. Traduction : « Il apparaît que c'est seulement dans les domaines relevant clairement de la compétence exclusive des États membres qu'il lui serait interdit d'exercer sa compétence juridictionnelle ».

³⁶⁵ Eleftheria NEFRAMI remarque que les conséquences de cette propriété de la dévolution de l'effet direct sur la compétence interprétative de la Cour sont immédiates puisqu'« *étant donné que l'accord mixte est appliqué selon la répartition des compétences respectives, la Cour ne se reconnaît pas compétente pour se prononcer sur l'effet direct d'une disposition dont l'application incombe aux États membres* », (« Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *jscl. Europe Traité*, fasc. 192-2, 2011, pt. 77 ; V. également, du même auteur, « La compétence de la CJCE pour interpréter l'accord TRIPS, selon l'arrêt *Christian Dior*, du 14 décembre 2000 », préc., p. 517).

³⁶⁶ Koen LENAERTS a récemment déduit de l'observation du « bloc la jurisprudence » *Dior* que « *the ECJ held that, in situations falling in the scope of national law, its jurisdiction is limited, it may define the exact content of such provisions, but it is for national law to determine whether it produces direct effect* », (« Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (49)). Traduction : « la Cour de justice a soutenu que dans les situations relevant du domaine du droit national, sa compétence était limitée, elle peut définir la contenu exact de telles stipulations, mais c'est au droit national de déterminer si celles-ci produisent un effet direct ». V. également, Panos KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, op. cit., p. 208 ; Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », préc., pt. 77.

³⁶⁷ Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, p. 194.

États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire. Dès lors, le droit communautaire ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur la norme prévue par l'article 50, paragraphe 6, du TRIPs ou qu'il impose au juge l'obligation de l'appliquer d'office »³⁶⁸. La Cour de justice a donc admis sa compétence pour interpréter la sémantique de l'article 50 de l'accord ADPIC, tout en refusant d'étendre sa compétence à l'appréciation de son invocabilité³⁶⁹. Eleftheria Neframi a relevé que la singularité des conséquences de l'attribution de l'effet direct exige une spécificité des conditions qui subordonnent la compétence de la Cour pour se prononcer sur cette propriété de la norme conventionnelle, en observant que « la répartition communautaire des compétences doit être respectée au stade de la mise en œuvre de l'accord. Étant donné que l'appréciation de l'effet direct des dispositions d'un accord international doit équivaut à son application en l'espèce, celle-ci doit relever du juge de l'ordre de rattachement de la disposition litigieuse »³⁷⁰. Au regard de l'assimilation essentielle des questions de l'interprétation sémantique et de l'appréciation de l'effet direct dans la jurisprudence antérieure, cette distinction ne s'imposait pourtant pas avec évidence³⁷¹. Leur similitude substantielle, qui se manifeste par leur jonction au sein de l'activité interprétative, a suscité en doctrine un certain scepticisme à l'égard de l'arrêt *Dior*³⁷². Certains auteurs ont ainsi estimé que la dissociation de la compétence pour interpréter

³⁶⁸ CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy BV*, préc., pt. 48 ; V. également, CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Produtos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, préc., pt. 34.

³⁶⁹ Eleftheria NEFRAMI relève en ce sens que « *the jurisdiction of the Court of Justice covers the semantic interpretation of Article 50 TRIPs, but not the appreciation of its direct effect. [...] The national judge is required to follow the semantic interpretation given by the Court of Justice whilst he keeps his freedom to assess the direct effect of the provisions falling within national competence* », (« Mixed Agreements as a Source of European Union Law », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 334). Traduction : « la compétence de la Cour de justice couvre l'interprétation sémantique de l'article 50 de TRIP, mais pas l'appréciation de son effet direct. [...] Le juge national est tenu de se conformer à l'interprétation sémantique retenue par la Cour de justice, tout en conservant, dans le même temps, sa liberté d'apprécier l'effet direct des stipulations relevant de la compétence des États membres ».

³⁷⁰ Eleftheria NEFRAMI, « L'invocabilité des accords OMC tribulaire du régime juridique des accords mixtes : à propos de l'arrêt *Merck Génériques-produitos Farmacêuticos Lda* de la CJCE du 11 septembre 2007 », *R.M.C.U.E.*, 2007, pp. 227-232 (231). Hugo FLAVIER explique de la même manière que l'appréciation de l'effet direct « se situe à la lisière de ce qui sépare l'interprétation de l'application d'un traité, et juger de l'effet direct d'une disposition d'un accord équivaut à une application juridictionnelle de celui-ci », (*La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 440).

³⁷¹ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt contre Kuferberg*, 104/81, Rec.p.3641, pt. 17 ; sur la nature interprétative de l'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux, V. *supra*, cette Section, § 1.

³⁷² CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy BV*, préc.

la sémantique et de la compétence pour apprécier l'effet direct des accords mixtes a ajouté une complexité dans une matière qui n'en nécessitait pas davantage³⁷³.

136. Lorsqu'elle est saisie d'une demande d'appréciation de l'invocabilité d'une disposition d'un accord mixte, la Cour doit en effet déterminer si celle-ci relève « d'un domaine largement couvert »³⁷⁴ par le droit de l'Union pour dégager sa compétence. Outre le fait que, comme le note Denys Simon, l'expression offre un bel exemple de « notion juridiquement indéterminée »³⁷⁵ et n'est donc pas satisfaisante du pur point de vue théorique, son usage présente de grandes difficultés. La divergence des points de vue de l'avocat général Sharpston et de la grande chambre de la Cour de justice, qui s'est présentée lors de l'affaire *Lesoochranárske*³⁷⁶, sur la question de savoir si l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus relevait ou non d'un domaine largement couvert par le droit de l'Union témoigne de la relative incertitude qui entoure l'identification de la substance de cette notion. En effet, alors que l'avocat général estimait dans ses conclusions que « l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus ne relève pas d'un domaine entrant dans le champ d'application du droit communautaire »³⁷⁷, la Cour a jugé que « le litige au principal relève du droit de l'Union »³⁷⁸. Ce libéralisme de la Cour apparaît finalement révélateur de son souci de limiter les conséquences du mouvement de restriction de sa compétence d'interprétation de l'effet direct initié par l'arrêt *Dior*.

³⁷³ Panos KOUTRAKOS, « The interpretation of mixed agreements under the preliminary reference procedure », préc., p. 45 ; Joni HELIKOSKI, « *Parfums Christian Dior SA* », *CML Rev.*, 2002, pp. 159-174 (173) ; Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations, op. cit.*, pp. 242 et 273.

³⁷⁴ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 36.

³⁷⁵ Denys SIMON, « Effet direct. Commentaire sur CJUE Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK* », *Europe*, mai 2011, pp. 9-11 ; cette notion avait antérieurement été employée à quatre reprises dans le cadre de recours en manquement. La Cour vérifiait ainsi que les stipulations dont la Commission alléguait une mauvaise exécution par les États membres relevaient d'un « domaine largement couvert » par la législation de l'Union : CJUE, 20 avril 2010, *Commission européenne contre Royaume de Suède*, C-246/07, *Rec.* p. I-3317, pt. 45 ; CJCE, 14 juillet 2005, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-433/03, *Rec.* p. I-6985 ; CJCE, 7 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes contre République française*, préc.

³⁷⁶ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc.

³⁷⁷ Eleanor SHARPSTON, 15 juillet 2010, conclusions sur CJUE, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 79.

³⁷⁸ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 38. Pour une présentation exhaustive de la controverse opposant l'avocat général Eleanor Sharpston à la Cour de justice, V. Sur ce point, V. Koen Lenaerts, « Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (48).

137. Mais il n'est pas sans attirer la critique. Jan Jans a ainsi vivement attaqué la solution *Lesoochranárske*, en écrivant que « *the EU has not taken any legislative action with regards to their Member States to implement Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. Therefore, the ECJ should have abstained from giving a ruling on the possible direct effect in EU law of Article 9 (3) Aarhus Convention and should have limited its jurisdiction by stating that it is for the national courts in the Member States to determine whether Article 9 (3) should be construed as having direct effect subject to the conditions provided for by national law* »³⁷⁹. L'auteur poursuivait en critiquant le motif choisi par la Cour pour dégager sa compétence. La juridiction de l'Union envisage le droit d'accès à la justice environnementale comme l'auxiliaire de la garantie des standards de protection de l'environnement dégagés par la législation unionaire. En l'occurrence, il s'agit de l'obligation de protection de l'Ours brun prescrite par la directive « habitat »³⁸⁰. Bien que l'Union n'ait pas édicté de normes conférant un droit d'accès à la justice environnementale conforme à l'article 9, paragraphe 3, la simple circonstance que celui-ci permet de garantir la protection des ursidés offre à la Cour l'appui de sa compétence³⁸¹. Or, le litige ne porte pas sur les conditions de protection de l'Ours brun mais sur l'accès des associations de protection de l'environnement à la justice environnementale. Par conséquent, Jan Jans a jugé le raisonnement de la Cour « *incorrect* »³⁸². Finalement, la jurisprudence *Lesoochranárske* ne pouvait emporter une pleine conviction dans la mesure où elle n'a fait que confirmer qu'outre ses faiblesses théoriques, la jurisprudence *Dior* contenait les germes de l'incertitude³⁸³.

138. Selon Piet Eeckhout et Takis Tridimas, la flexibilité qui caractérise la jurisprudence de la Cour en matière de délimitation des compétences externes de l'Union découle du caractère

³⁷⁹ Jan H. JANS, « Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order », préc., p. 93. Traduction : « L'Union européenne n'a pas légiféré dans le domaine dans lequel les États membres ont exécuté les obligations portées par l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus. En conséquence, la Cour de justice aurait dû s'abstenir de se prononcer sur la question de l'effet direct en droit de l'Union de l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus et aurait dû limiter sa compétence en déclarant qu'il appartenait aux juridictions des États membres de se prononcer sur la question de l'effet direct de l'article 9, paragraphe 3, en utilisant leurs propres méthodes d'interprétation ».

³⁸⁰ Directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOCE*, L 206, 22 juillet 1992, pp. 7-50.

³⁸¹ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 37.

³⁸² Jan H. JANS, « Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order », préc., p. 94.

³⁸³ Rasmussen anticipait ce problème en 2008, estimant à ce propos que « *As regards the demarcation of Community and Member States spheres, in particular, it is unclear how the Court determines whether the Community has legislated within a "field"* », (*External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, op. cit., p. 218). Traduction : « En ce qui concerne la délimitation des sphères de compétence respectives de la Communauté et des États membres, la façon dont la Cour détermine si la Communauté a légiféré dans un "domaine" demeure singulièrement indéterminée ».

hautement politique de la répartition de ces compétences entre les institutions de l'Union et les États membres³⁸⁴. Mais un tel argument ne nous paraît pas être transposable à la dévolution des compétences d'appréciation de l'invocabilité des accords mixtes. En effet, des principes parfois opposés en matière de réception³⁸⁵ et d'appréciation de l'effet direct³⁸⁶ des accords internationaux trouvent à s'appliquer selon la juridiction désignée compétente par la Cour. Cette jurisprudence génère donc une certaine insécurité juridique par l'invocabilité à géométrie variable qu'elle risque de susciter dans l'espace juridique unionaire³⁸⁷. Vis-à-vis des tiers cocontractants, elle semble mal se marier avec le souhait, exprimé par l'avocat général Tesouro, de voir l'Union européenne comme « *un système qui tend à fonctionner et à se présenter à l'extérieur de façon unitaire* »³⁸⁸. Toutefois, comme l'a remarqué Eleftheria Neframi, « [l]e risque d'atteinte à l'application uniforme issue de la marge du juge national dans l'appréciation de l'effet direct est atténué par l'uniformité dans l'interprétation sémantique, grâce à la considération de l'accord mixte comme un acte de l'Union »³⁸⁹.

139. Le risque de fragmentation de l'invocabilité de l'accord ADPIC dans l'espace juridique européen a en outre été aboli par l'arrêt *Sankyo*³⁹⁰. L'appréciation de l'invocabilité de cet accord relève en effet depuis celui-ci de la compétence exclusive de la Cour de justice. En l'espèce, la Cour de justice était questionnée sur l'invocabilité de l'article 27 de l'accord ADPIC, et sur la portée du régime de protection des inventions dont il permet la mise en

³⁸⁴ Ainsi que l'affirment Piet EECKHOUT et Takis TRIDIMAS: « *In an entity such as the Community [...], the division of competences between the Community and the member States is not susceptible to strict judicial demarcation. It is par excellence a political issue where flexibility should prevail* », (« The external competence of the Community and the case law of the Court of Justice: Principle versus pragmatism », *YB. Eur. L.*, 1994, pp. 143-177 (175)). Traduction : « Dans une entité telle que la Communauté [...], la délimitation des compétences respectives de la Communauté et des États membres n'est pas sujette à une répartition juridictionnelle d'une grande concision. Il s'agit là d'un problème politique par excellence dans lequel doit demeurer une part de flexibilité ».

³⁸⁵ Pour exemple, en cas de renvoi préjudiciel en interprétation opéré par une juridiction britannique, la clause de réception générale des accords internationaux de l'Union trouve à s'appliquer si la Cour de justice est compétente, tandis que la clause britannique exigeant l'édiction d'actes législatifs internes de transformation des conventions internationales trouvera à s'appliquer si c'est la juridiction britannique qui se voit attribuer ladite compétence.

³⁸⁶ L'affaire *Merck* illustre bien cet état de fait, le Portugal reconnaissant un effet direct aux accords ADPIC à la différence de la Cour de justice. Dans l'affaire *Merck*, l'absence de législation unionaire dans le domaine des brevets bénéficiait à l'effectivité du droit commercial international au Portugal : CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos farmaceuticos contre Merck & Co. Inc.*, préc.

³⁸⁷ Rass HOLDGAARD, « Case C-431/05 Merck Genéricos - Produtos Farmacêuticos Lda v. Merck & Co. Inc. (M. & Co.) and Merck Sharp & Dohme Lda MSL, Judgment of the Court of Justice Grand Chamber of 11 September 2007, 2007 ECR I-7001 », préc., p. 1247.

³⁸⁸ Giuseppe TESAURO, 13 novembre 1997, conclusions sur CJCE, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, C-53/96, Rec. p. I-3603, pt. 21.

³⁸⁹ Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, p. 195.

³⁹⁰ CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre DEMO Anonymos*, préc.

place. Les parties au litige, ainsi que les nombreux États membres ayant déposé des observations³⁹¹, estimaient qu'en vertu de la mixité de l'accord conclu sous l'égide de l'OMC, la Cour devait déterminer si cette stipulation entraînait dans « *un domaine largement couvert* »³⁹² par le droit de l'Union pour dégager sa compétence pour apprécier son invocabilité. La Commission leur a cependant opposé que la modification du droit primaire par l'article 207, paragraphe 1 du TFUE a induit l'entrée de l'accord ADPIC dans le champ de compétence interprétative exclusive de la Cour de justice, dès lors que les « *aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* » ont été intégrés à la politique commerciale commune³⁹³.

140. La Cour de justice a adhéré aux conclusions de la Commission européenne et a jugé que la délimitation de sa compétence interprétative devait être opérée en tenant compte de l'évolution significative du droit primaire constituée par la révision de l'article relatif à la politique commerciale commune. Elle a ainsi indiqué que « *ni l'avis 1/94, du 15 novembre 1994, dans lequel la Cour a établi au regard de l'article 113 du traité CE quelles dispositions de l'accord ADPIC relevaient de la politique commerciale commune et donc de la compétence exclusive de la Communauté, ni l'arrêt Merck Génériques [...] fixant, à une date à laquelle l'article 133 CE était en vigueur, la ligne de partage entre les obligations découlant de l'accord ADPIC que l'Union assumait et celles qui demeuraient à la charge des États membres, ne sont pertinents pour déterminer dans quelle mesure l'accord ADPIC relève, à compter de l'entrée en vigueur du traité FUE, de la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale commune* »³⁹⁴.

141. Pour inclure l'accord ADPIC dans les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, compétence exclusive de l'Union, la Cour de justice devait préciser dans quelle mesure celui-ci allait au-delà du simple objectif d'harmonisation des législations des États membres – compétence partagée relevant du domaine du marché intérieur – et visait à

³⁹¹ La Grèce, l'Allemagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Finlande, la Suède et le Royaume-Uni.

³⁹² CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 36. À propos de la délimitation singulièrement extensive opérée par la Cour de justice de sa propre compétence pour interpréter les stipulations des accords mixtes, V. Damian KRAWCZYK, « The Slovak Brown Bear Case: The ECJ hunts for jurisdiction and environmental plaintiffs gain the trophy », préc.

³⁹³ L'article 207, paragraphe 1, TFUE dispose que « [l]a politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale [...]. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ». (Nous soulignons).

³⁹⁴ CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre demo Anonymos*, préc., pt. 48.

coordonner avec ses principaux partenaires commerciaux les règles applicables en la matière. En uniformisant les règles de protection intellectuelle dans l'ordre international, l'accord ADPIC est destiné à « *faciliter [...] les échanges internationaux* »³⁹⁵. Le rôle de ce traité dans la réduction des distorsions du commerce international, au moyen d'une protection harmonisée des droits de propriété intellectuelle à l'échelle mondiale³⁹⁶, a donc permis à la Cour de conclure que ses normes « *relèvent du domaine de la politique commerciale commune et non du domaine du marché intérieur* »³⁹⁷. Le statut contentieux de l'accord ADPIC, accord mixte, a alors été assimilé à celui attribué aux accords purement unionnaires et, par conséquent, la juridiction de l'Union est devenue son interprète exclusif³⁹⁸. Les juridictions des États membres n'ont donc plus compétence pour interpréter ledit accord. Il est à noter que, pour respecter les termes de la question posée par le juge *a quo*, le dispositif limite cette centralisation de la compétence interprétative de l'accord ADPIC à son article 27. Mais l'applicabilité des motifs – présentés plus haut – à l'ensemble de ses stipulations, avant tout fondée sur l'analyse « *des objectifs de l'accord ADPIC* »³⁹⁹, ne laisse guère de doutes.

142. Si cette solution est à saluer pour l'homogénéisation des interprétations de l'accord ADPIC qu'elle permet d'espérer, elle suscite en même temps quelques réserves engendrées par la crainte d'un affaiblissement de son effectivité dans l'espace juridique unionnaire. Le monopole interprétatif de la Cour de justice interdit notamment aux juridictions des États membres de se prononcer sur son invocabilité, ce qui pourrait jouer au détriment de son application juridictionnelle. Il ressort par exemple de l'arrêt *Merck* que les juridictions portugaises admettaient l'effet direct de l'article 33 de l'accord ADPIC⁴⁰⁰, tandis que la Cour de justice se refuse avec constance à reconnaître l'invocabilité de cet instrument international⁴⁰¹. Dans l'ordre juridique portugais, les prescriptions de l'accord ADPIC entrant

³⁹⁵ CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre demo Anonymos*, préc., pt. 59.

³⁹⁶ CJCE, 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad e.a.*, C-89/99, Rec. p. I-5851, pt. 36.

³⁹⁷ CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre demo Anonymos*, préc., pt. 60.

³⁹⁸ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt contre Kupferberg*, préc., pt. 14.

³⁹⁹ CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre demo Anonymos*, préc., pt. 57.

⁴⁰⁰ CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, préc., pt. 23. Pour une présentation succincte des circonstances de l'admission de l'effet direct de l'article 33 de l'accord ADPIC par la Cour d'appel de Lisbonne et la Cour suprême du Portugal dans l'affaire *Merck, V. Eleftheria NEFRAMI*, « L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes : à propos de l'arrêt *Merck Genéricos-produtos Farmacêuticos Lda* de la CJCE du 11 septembre 2007 », préc., pp. 227-232 (228).

⁴⁰¹ La Cour précise d'ailleurs dans l'arrêt *Merck*, avant d'écarter sa compétence pour apprécier l'effet direct de l'article 33, que « *s'il est constaté qu'une réglementation communautaire existe dans le domaine concerné, le droit communautaire s'applique, ce qui implique l'obligation, dans la mesure du possible, d'opérer une interprétation conforme à l'accord ADPIC, sans toutefois qu'un effet direct puisse être accordé à la disposition* »

dans le champ de compétence des États membres bénéficiaient dans cette hypothèse d'une protection juridictionnelle plus élevée que celles relevant du champ de compétence de l'Union européenne. De sorte que l'absence de législation unionaire dans le domaine des brevets⁴⁰² favorisait l'effectivité du droit commercial international au Portugal. Cette géométrie variable de l'invocabilité de l'accord ADPIC devrait cesser à la suite de l'arrêt *Sankyo*⁴⁰³. La compétence exclusive de la Cour devrait selon toute probabilité mener à une généralisation du refus de l'invocabilité devant les juridictions des États membres, dans la mesure où la juridiction de l'Union a récemment rappelé que les dispositions de l'accord ADPIC sont dépourvues d'effet direct⁴⁰⁴. Il s'agit là d'un contre argument à l'analyse, aussi répandue que contestable, qui entend désigner le droit de l'Union européenne comme un instrument de promotion des effets du droit international dans les ordres juridiques de ses États membres⁴⁰⁵.

143. Les critères qui subordonnent la reconnaissance de la compétence interprétative de la Cour sont tributaires de la nature de la question qui lui est soumise. La compétence de la Cour pour interpréter l'invocabilité des stipulations d'un accord mixte est limitée aux domaines « *largement couvert[s]* »⁴⁰⁶ par le droit de l'Union. De sorte qu'il se dissocie de la compétence de la Cour pour interpréter la sémantique de ces stipulations, qui est indifférente à l'existence d'une législation dans le domaine dont elles relèvent. Dans l'affaire *Dior*, la Cour se reconnaît en effet compétente pour interpréter l'invocabilité des accords OMC et, par voie de conséquence, pour dénier l'effet direct de l'article 50 de l'accord ADPIC⁴⁰⁷. Elle circonscrit

en cause de cet accord » : CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Produtos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, préc., pt. 35, nous soulignons. L'invocabilité de l'accord ADPIC est également écartée lorsqu'un requérant privilégié s'en prévaut : CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Conseil*, C-377/98, *Rec.* p. I-7079, pt. 52, com. Julianne KOKOTT, Thomas DIEHN, « Casenote: ECJ, Case C-377/98, Kingdom of the Netherlands v. European Parliament & Council of the European Union », *AJIL*, 2002, pp. 950-955.

⁴⁰² CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Génériques – Produtos farmaceuticos contre Merck &Co. Inc.*, préc., pt. 41.

⁴⁰³ CJUE, 18 juillet 2013, *Daiichi Sankyo contre demo Anonymos*, préc.

⁴⁰⁴ CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, C-135/10, pt. 46, com. Jean-Sylvestre BERGE, « Les mots de l'interaction : compétence, applicabilité et invocabilité », *J.D.I.*, 2012, p. 1005-1020.

⁴⁰⁵ V. par exemple, Franz C. MAYER, « European law as a door opener for public international law? », in *Droit international et diversité de cultures juridiques - international law and diversity of legal cultures*, Paris, Pedone, 2008, pp. 241-255.

⁴⁰⁶ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt.36 ; ainsi que le souligne Denys SIMON, il s'agit là d'une « *notion juridiquement indéterminée* », (« Effet direct. Commentaire sur CJUE Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK* », préc., p. 10).

⁴⁰⁷ CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior SA*, préc., pts. 42-45.

toutefois par la suite l'autorité de cette interprétation à la sphère de compétence de l'Union⁴⁰⁸. L'essence interprétative de l'opération de recherche de l'invocabilité ne se trouve en aucun cas mise en cause⁴⁰⁹. Seuls les critères d'identification du titulaire de ce pouvoir d'interprétation changent en raison de la conséquence qui s'y attache. Si la conséquence de l'interprétation est l'exécution (ou non) de la règle conventionnelle, la préemption unionaire de la compétence partagée s'avère nécessaire à la consécration de la compétence de la Cour ; tandis que si la conséquence de l'interprétation est la détermination de ses conditions d'application, la préemption unionaire de la compétence partagée s'avère indifférente à la consécration de la compétence de la Cour. Au lieu de consacrer sa compétence d'appréciation de l'invocabilité des dispositions non communautarisées des accords mixtes sur le fondement du devoir de coopération loyale et de l'unité de représentation internationale, la Cour a donc préféré se placer dans une perspective de respect rigoureux de la répartition intracommunautaire des compétences d'application des obligations tirées des accords mixtes. Concernant les stipulations conventionnelles situées en zone grise – le “domaine largement couvert” par le droit de l'Union – la jurisprudence de la Cour reste relativement ambiguë. Il reste pour cette raison difficile pour le justiciable de prévoir si leur invocabilité sera appréciée par la Cour de justice ou le juge étatique. Si bien qu'il serait à notre sens profitable, tant du point de vue théorique que pratique, d'aligner le pouvoir d'appréciation de l'invocabilité de la Cour sur sa compétence d'interprétation sémantique.

* *
*

144. Conclusion de chapitre : Les autorités juridictionnelles françaises et de l'Union européenne sont donc aujourd'hui les arbitres de l'invocabilité du droit conventionnel en vigueur dans leur ordre juridique. Cette consécration du pouvoir juridictionnel d'appréciation de l'invocabilité accompagne le mouvement d'alignement du traitement juridictionnel du droit d'origine internationale sur celui initialement réservé au droit d'origine interne. La

⁴⁰⁸ CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior SA*, préc., pts. 47-48.

⁴⁰⁹ L'analyse interprétative de l'appréciation de l'effet direct est confirmée par l'arrêt *Lesoochránárske* dans lequel la Cour de justice s'affirme « *compétente pour interpréter les stipulations de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus et, en particulier, pour se prononcer sur le point de savoir si celles-ci sont ou non d'effet direct* » : CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 43. Nous soulignons.

sanction juridictionnelle de la violation de ces prescriptions ne dépend ainsi plus des interprétations délivrées par les autorités ayant négocié l'acte international. Au total, bien que quelques incertitudes subsistent en matière de répartition verticale des compétences d'interprétation de l'effet direct des accords mixtes, il est certain que les juridictions de Paris et de Luxembourg disposent du pouvoir de déterminer quelles dispositions d'origine internationale sont invocables devant leur prétoire.

145. Dans le cadre de leur champ de compétence interprétative, les juridictions françaises et de l'Union européenne sont tenues d'apprécier l'effet direct des stipulations conventionnelles qui sont portées à leur connaissance. Après avoir examiné la compétence de la Cour de justice et du Conseil d'État pour exercer un tel office, il convient d'en analyser les conditions d'exercice.

Chapitre 2: La convergence partielle des conditions d'invocabilité du droit conventionnel

146. Le nombre de recours formés devant la Cour de justice et le Conseil d'État pour obtenir la sanction de la violation du droit conventionnel a significativement augmenté ces trente dernières années en raison de l'intensification de l'activité conventionnelle de la France et l'Union européenne. Pour répondre à ces requêtes, les juridictions de Paris et de Luxembourg sont amenées à se prononcer sur leur invocabilité en justice, c'est-à-dire la possibilité pour les parties au litige de faire état de l'existence de leurs stipulations dans la perspective d'obtenir satisfaction de leur revendication⁴¹⁰. Il s'agit plus précisément de reconnaître l'« *invocabilité-sanction* »⁴¹¹ de la règle conventionnelle prétendument violée : cette forme d'invocabilité tend à obtenir l'invalidation ou l'inapplication d'une règle interne inconventionnelle, mais ne peut revendiquer le titre d'invocabilité d'exclusion, dans la mesure où elle n'est pas autonome de l'effet direct. Divers écrans étatiques, constitutionnel puis juridictionnel, filtrent l'invocabilité-sanction des normes conventionnelles en raison de leurs spécificités.

147. La première singularité des stipulations conventionnelles procède de leur élaboration dans l'ordre international qui les prive d'une onction démocratique équivalente à une législation étatique⁴¹². Elle justifie la subordination de la norme conventionnelle à sa

⁴¹⁰ Différents auteurs cités en introduction (V. *supra*, Introduction, II, A) ont défini de la sorte le concept d'invocabilité. V. Philippe MANIN, « À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *R.T.D. eur.*, 1997, pp. 399-428 (401) ; Rasmussen HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV, European monographs, 2008, p. 244 ; Gérard TEBOUL, « Le juge administratif et le droit international, aspects récents de droit formel », *A.J.D.A.*, 1995, pp. 43-65 (47) ; Jean GROUX, « L'« invocabilité en justice » des accords internationaux des Communautés européennes », *R.T.D. eur.*, 1983, pp. 203-232 ; Joël RIDEAU « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux », préc., p. 359 ; Pavlos ELEFTHERIADIS, « The Direct Effect of Community Law : Conceptual Issues », *YB. Eur. L.*, 1996, pp. 205-221.

⁴¹¹ Le terme est emprunté à Marie GAUTIER, (« L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 571 ; V. *supra*, Introduction, II, B).

⁴¹² Aux États-Unis, les débats autour des effets à attribuer au droit conventionnel dans l'ordre juridique interne se cristallisent sur cette question. V. Allen BUCHANAN, « Democracy and the Commitment in International Law », *Georgia J. Int'l & Comp. L.*, 2006, pp. 305-332 ; Joseph H. WEILER, « The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy », *G.Y.I.L.*, 2004, pp. 547-562 ; John H. JACKSON, « Status of Treaties in Domestic Legal System », *AJIL*, 1992, pp. 310-340 ; Dans le contexte européen, V. Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *R.C.A.D.I.*, vol.356, 2012, p. 312 ; Serge SUR, « Progrès et limites de la réception du droit

complétude. Dès lors que celle-ci est jugée conditionnelle, les autorités législatives et exécutives sont en effet coutumièrement considérées comme étant les organes investis du pouvoir de les concrétiser⁴¹³.

148. La seconde singularité des règles conventionnelles procède de la nature contractuelle des accords internationaux qui les portent⁴¹⁴. Cette nature contractuelle du droit conventionnel justifie la subordination de ceux des accords internationaux qui sont fondés sur le principe de réciprocité et d'avantages mutuels à la condition de réciprocité⁴¹⁵. En outre, celle-ci a historiquement porté les juridictions internes à considérer l'individu comme un tiers au traité⁴¹⁶. On observe toutefois une tendance à l'alignement du rapport entretenu par l'individu avec la norme conventionnelle sur celui qui régit ses relations avec le droit interne, dans la mesure où l'individu est désormais considéré par principe comme un destinataire de la norme conventionnelle. Il n'en demeure pas moins que la vocation des prescriptions conventionnelles à prendre l'individu pour destinataire doit être établie pour que celle-ci soit réputée invocable⁴¹⁷. Ces deux singularités de la règle conventionnelle sont donc fréquemment évoquées pour justifier la subordination de leur invocabilité aux critères de la réciprocité et de l'effet direct⁴¹⁸.

149. L'invocabilité-sanction des accords internationaux par les requérants individuels est subordonnée à deux conditionnalités : l'une tient à leur qualité de composante du droit objectif (section 1), l'autre est liée à leur aptitude à produire des droits subjectifs (section 2).

international en droit français », in Yadh BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 1998, p. 227.

⁴¹³ John H. JACKSON, « Status of Treaties in Domestic Legal System: a policy analysis », préc., pp. 324-325.

⁴¹⁴ Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU considèrent ainsi que la spécificité du régime de l'invocabilité du droit conventionnel devant le Conseil d'État est fondée sur « la nature essentiellement contractuelle des engagements internationaux » : (« Les aléas de l'effet direct », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 936-943 (939)).

⁴¹⁵ Dans la jurisprudence actuelle, on songe principalement à l'absence d'invocabilité du droit de l'OMC qui est principalement motivée par son défaut d'application réciproque, V. CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, C-149/96, *Rec. p. I-8395*, com. Frédérique BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation. A propos de l'arrêt de la Cour de justice du 23 novembre 1999, Portugal contre Conseil (accords textiles avec le Pakistan et l'Inde, aff. C-149/96, *Rec. p. I-8395*), *R.T.D. eur.*, 2000, pp. 419-450 ; Paolo MENGOZZI, « La Cour de justice et l'applicabilité des règles de l'OMC en droit communautaire à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil », *R.D.U.E.*, 2000, pp. 509-522 ; Geert ZONNEKEYN, « The status of WTO law in the Community legal order: some comments in the light of the Portuguese Textiles case », *E.L. Rev.*, 2000, pp. 293-302.

⁴¹⁶ Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 154-168.

⁴¹⁷ CJCE, Gde Chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State for Transport*, préc. ; CE, sect., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁴¹⁸ Pour une évaluation du bien-fondé de l'usage de ces critères, V. *infra*, cette partie, Titre 2, Chapitre 1.

Le premier filtre, relatif à l'applicabilité de la règle d'origine internationale fait obstacle à l'invocabilité-sanction des accords internationaux par toutes les catégories de requérants, individuels ou privilégiés. Le second, lié au droit subjectif, n'est en revanche opposable qu'aux requêtes formées par des personnes privées⁴¹⁹.

Section 1 : Les conditions divergentes d'accès du droit conventionnel au rang de paramètre de la légalité interne

150. Le droit international ne définit pas lui-même les conditions de sa validité dans les ordres juridiques internes⁴²⁰. Il fixe ainsi des obligations que les États sont simplement tenus d'exécuter de bonne foi au titre de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui codifie le principe *pacta sunt servanda*⁴²¹. De sorte que l'entrée en vigueur d'une obligation conventionnelle dans l'ordre international (ou entrée en vigueur objective) n'implique pas nécessairement la création d'une obligation de même contenu dans l'ordre interne (ou entrée en vigueur subjective). Dans ce cadre, les clauses constitutionnelles de réception du droit conventionnel ont vocation à définir les conditions d'accès du droit d'origine internationale au rang de source de la légalité interne. Et les prescriptions conventionnelles qui ne satisfont pas ces conditions sont condamnées à ne déployer leurs effets que dans l'ordre international, dans la mesure où les sujets de droit – publics ou privés – ne peuvent revendiquer leur application dans l'ordre interne. Tel était par exemple le cas des sujets de droit britannique qui ne pouvaient pas réclamer l'application des obligations pesant sur le Royaume-Uni au titre de la Convention européenne des droits de l'homme avant

⁴¹⁹ Les invocabilités *Nakajima* (droit des justiciables publics ou privés de contester la conformité d'un acte juridique interne à l'obligation internationale qu'il met en œuvre) et *Biotech* (droit des requérants privilégiés de contester la conformité du droit interne à un acte conventionnel sans effet direct), bien établies dans la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc.), constituent les deux exceptions à ce principe.

⁴²⁰ CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Rec. CPJI, série A, p. 19 ; Cour EDH, Gde Chbre., 27 septembre 1995, *McCann contre Royaume-Uni*, req. n°18984/91, § 153 ; Cour EDH, 25 mars 1983, *Silver e.a. contre Royaume-Uni*, req. nos 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, § 113 ; Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicats suédois de conducteurs de locomotives contre Suède*, req. n°5614/72, § 50.

⁴²¹ L'article 26, intitulé *Pacta sunt servanda*, stipule que « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » : Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, préc.

l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*⁴²². Ceux-ci étaient en effet titulaire de la capacité processuelle internationale, et pouvaient à ce titre provoquer l'engagement de la responsabilité de la Grande Bretagne devant la Cour européenne des droits de l'Homme, alors même qu'ils n'étaient dans le même temps pas en capacité de se prévaloir de ces mêmes obligations devant les juridictions étatiques⁴²³. La même situation peut se présenter dans un système dit moniste lorsque le droit d'origine internationale ne satisfait pas les conditionnalités constitutionnelles lui permettant d'accéder au rang d'élément de la légalité interne.

151. En la matière, le droit de l'Union européenne fait figure d'exception. En vertu de son immédiateté, il retire directement sa validité du droit primaire dans les ordres juridiques des États membres. Aussi, les conditions constitutionnelles auxquelles est assujettie l'applicabilité du droit conventionnel général dans ces ordres juridiques étatiques sont inopposables aux règles de droit de l'Union européenne (§ 1). Concernant le droit conventionnel, il appartient au constituant de définir les critères qui conditionnent son incorporation dans l'ordre interne, c'est-à-dire sa validité dans ce dernier. L'Union européenne et la France partagent à cet égard une certaine perméabilité constitutionnelle à la source conventionnelle. De fait, les articles 55 de la Constitution de 1958 et 216 du TFUE ne conditionnent pas l'incorporation des obligations conventionnelles dans l'ordre interne à l'édition d'un acte législatif de transformation⁴²⁴ (§ 2). Enfin, certains accords internationaux, bien que constitutionnellement valides dans l'ordre juridique de l'Union, n'acquièrent pas le titre d'élément de la légalité communautaire en raison de leur défaut d'application réciproque (§ 3).

§ 1. L'applicabilité immédiate, ou le contournement de la médiation constitutionnelle

152. L'applicabilité immédiate ("*unmittelbare Wirkung*") est un concept relatif aux modalités d'introduction de la norme extranationale dans l'ordre interne. Elle reste l'apanage

⁴²² Human Rights Act, 9 novembre 1998, disponible sur internet : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1>.

⁴²³ Jean-François FLAUSS, « Human Rights Act », *R.F.D.C.*, 2001, pp. 695-703.

⁴²⁴ Il convient ici de préciser que dans un système fonctionnant selon la doctrine de la transformation, la loi de transformation n'a pas pour effet de donner valeur de droit positif aux prescriptions formelles du Traité transformé, mais bien plutôt de donner effet aux obligations matérielles qui en procèdent.

du droit de l'Union européenne. Selon Robert Kovar, « *l'immédiateté du droit communautaire désigne son aptitude à produire par lui-même dans les États membres les effets juridiques qui s'attachent à lui sans que ceux-ci puissent être subordonnés à l'interposition des droits nationaux* »⁴²⁵. La norme extranationale d'applicabilité immédiate s'incorpore et devient valide dans les ordres juridiques des États membres dès son édicition par les institutions de l'Union. Les fondements de la validité interne de la norme internationale immédiate se révèlent ainsi autonomes de la volonté des États et rendent en conséquence superflues toutes mesures de transformation ou de réception⁴²⁶. Dans son célèbre arrêt *Costa*, la Cour de justice a affirmé « *qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions* »⁴²⁷. La jurisprudence *Costa* impliquait donc que le droit de l'Union était valable *per se* dans l'ordre juridique des États membres, en vertu d'un titre de validité extranationale. L'analogie opérée par Denys Simon entre la circulation des facteurs de production et la circulation des normes dans l'espace juridique européen est à cet égard singulièrement éclairante : « *[d]e même que l'intégration économique prohibe les entraves à la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux, l'intégration juridique interdit toute "douane de normes", qui subordonnerait l'application effective du droit de l'Union en tant que tel dans les ordres juridiques internes à une "naturalisation" préalable* »⁴²⁸.

153. L'applicabilité immédiate exclut ainsi toute forme de médiation normative étatique ayant pour objet de garantir la réception du droit de l'Union dans l'ordre juridique des États membres⁴²⁹. C'est dans les ordres juridiques des États membres ayant adhéré à la doctrine de

⁴²⁵ Robert KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », in *Collected Courses of the Academy of European law*, vol. IV, book 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 15-122 (55).

⁴²⁶ Selon Olivier DUBOS, au regard des conséquences à tirer de l'autonomie de la validité du droit de l'Union telle qu'elle issue du principe de l'applicabilité immédiate, « *il est non seulement inutile, mais également prohibé de recourir à une quelconque procédure de transformation ou de réception* », (*Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, p. 32).

⁴²⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre Enel*, préc. ; le principe d'immédiateté est explicitement étendu aux actes de droit dérivé dans l'arrêt *Orsalino Leonosio* : « *les règlements communautaires [...] s'intègrent au système juridique applicable sur le territoire national* » : CJCE, 15 juillet 1972, *Orsalino Leonosio contre Ministère de l'agriculture et des forêts de la République italienne*, 93/71, *Rec.* p. 287, pt. 22.

⁴²⁸ Denys SIMON, « Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », in *Union européenne et droit international : Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 139-157 (142).

⁴²⁹ Denys SIMON relève que l'effet immédiat signifie « *l'interdiction de toute entrave à l'introduction du droit de l'Union dans les ordres juridiques des États membres. Est ainsi exclue toute procédure de réception ou de transformation des règles communautaires en droit national. À la différence des "traités internationaux ordinaires", les traités communautaires ont établi un corps de droit qui s'intègre directement dans les droits*

la transformation, tels le Royaume-Uni et l'Italie où l'émission d'une loi est nécessaire pour qu'une prescription internationale puisse produire des effets de droit dans l'ordre interne, que les effets du principe d'immédiateté sont les plus tangibles. À titre d'illustration, la Cour constitutionnelle italienne a explicitement extrait le droit communautaire du champ d'application de la doctrine de la transformation, et a jugé que « *les règles communautaires – qui ne peuvent être considérées comme source de droit international, ni de droit étranger, ni de droit interne des divers États – [sont] pleinement et obligatoirement efficaces et directement appliquées dans tous les États membres, sans que des lois de réception ou d'adaptation soient nécessaires* »⁴³⁰. Cela ne signifie pas pour autant que le principe d'immédiateté soit sans objet dans les États membres ayant choisi la doctrine de l'incorporation pour réguler les relations de leur ordre juridique avec le droit international.

154. En toute rigueur, dans ces États, les clauses constitutionnelles de réception générale du droit international ne devraient pas être appelées à jouer un rôle de titre de validation interne du droit extranational immédiatement applicable⁴³¹. Une telle clause constitutionnelle est inutile pour régir les interactions entre les ordres juridiques de l'Union et des États membres dits monistes, dans la mesure où la norme communautaire n'exige pas un second titre de validité, de nature interne, pour appartenir aux seconds⁴³². Cette réception constitutionnelle entre en conflit avec le droit de l'Union dès lors qu'elle confère formellement une nature

nationaux, sans aucune médiatisation », (« Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », *op. cit.*, p. 141).

⁴³⁰ Cour constitutionnelle italienne, 18 décembre 1973, *Frontini et autres*, 183/73, *For. it.*, 1973, p. I-315. De même, l'article 2, § 1 du *European Communities Act* britannique dispose que « [a]ll such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly... » : *European Communities Act, 1972*, disponible sur internet : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/pdfs/ukpga_1972_0068_en.pdf. Traduction : « tous ces droits, obligations et restrictions élaborés au fil du temps par les Traités et le droit dérivé, et tous ces recours et procédures élaborés au fil du temps par les Traités et le droit dérivé, doivent, comme le veulent les Traités, produire sans mesure ultérieures des effets juridiques et être utilisés au Royaume-Uni, en étant incorporés et disponibles dans son ordre juridique, et appliqués, permis et respectés en tant que tels ».

⁴³¹ À ce titre, les auteurs qui admettent la possibilité du monisme constitutionnel estiment logiquement que les États adoptant un tel système règlent la question de l'application immédiate, V. Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *préc.*, p. 155 ; Bérangère TAXIL, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, *op. cit.*, p. 348.

⁴³² Il convient de rappeler à ce titre le propos du juge Constantinos KAKOURIS qui déduit du principe d'immédiateté « *que le droit communautaire est valide sur le territoire de chaque État membre et à l'égard de ses citoyens et que les organes nationaux qui sont chargés de son application – y compris les tribunaux nationaux – doivent le faire en ignorant le droit national lorsqu'il s'agit du droit communautaire* », (« La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Du droit international de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 319-347 (333)).

interne à la prescription communautaire⁴³³. En outre, les organes juridictionnels des États membres sont, dans le même esprit, directement investis par le droit communautaire du pouvoir d'appliquer les règles qui le composent. Selon le principe de l'immédiateté, telle qu'interprétée par la Cour de justice, ce qui fonde la fonction communautaire des juridictions des États membres « *c'est un titre spécifiquement communautaire qui habilite et qui oblige le juge national à appliquer le droit communautaire. [C]ela ne peut pas être un titre constitutionnel* »⁴³⁴. À cet égard, les observations de Marie Gautier à propos de la jurisprudence administrative française prennent un relief certain : « *[d]e fait, le juge administratif ne s'est jamais fondé sur l'ordre juridique communautaire lui-même ou sur ses caractéristiques pour déterminer les conditions d'application du droit de l'Union en tant que source du droit administratif. C'est bien au contraire sur des normes internes, et plus précisément constitutionnelles*⁴³⁵, *qu'il s'est toujours fondé* »⁴³⁶. L'incapacité du Conseil d'État à fonder sa compétence communautaire sur une habilitation extranationale, pour « *pleinement logique* »⁴³⁷ qu'elle paraisse du point de vue du droit constitutionnel, n'en trahit pas moins les fondements du principe de l'immédiateté qui reposent sur la prohibition de la réception constitutionnelle des normes communautaires dans l'ordre juridique français.

155. Il convient toutefois de considérer les faibles incidences pratiques de cette incompatibilité essentielle des règles constitutionnelles française et communautaire qui régissent les conditions de validité de la règle communautaire dans l'ordre juridique français. L'immédiateté reste avant tout un concept finaliste qui prohibe l'existence d'une médiation constitutionnelle susceptible de faire obstacle à l'incorporation des règles communautaires dans les ordres juridiques des États membres. Or, dans l'hypothèse où l'écran constitutionnel permet une incorporation automatique des prescriptions communautaires, sa transparence est telle que la Cour de justice n'y voit pas un motif d'inconventionnalité⁴³⁸. Il convient dès lors

⁴³³ Sur la transformation en droit interne de l'acte extranational constitutionnellement réceptionné, V. *supra*, Introduction, I, A.

⁴³⁴ Ronny Abraham, « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in *Droit international et droit communautaire perspectives actuelles*, Paris, SFDI: colloque de Bordeaux, Pedone, 2000, pp. 281-293 (286).

⁴³⁵ Le Conseil d'État emploie avec constance les articles 55 et 88-1 de la Constitution pour fonder sa compétence de juge du droit de l'Union européenne.

⁴³⁶ Marie GAUTIER, « Les normes communautaires », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 459.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Ronny ABRAHAM s'appuie sur le cas français pour mettre en évidence les bonnes relations qu'entretient le principe d'immédiateté avec les systèmes dits monistes ; il observe que selon ce principe « *l'essentiel est que le juge trouve dans son arsenal juridique les moyens de parvenir à l'objectif assigné par la Cour de justice, c'est-*

de se joindre aux conclusions de Guy Isaac et Marc Blanquet, selon lesquelles « *s'agissant du droit communautaire primaire, l'applicabilité immédiate signifie moins proscription de la réception formelle, que neutralisation de ses effets* »⁴³⁹.

156. La jurisprudence récente du Conseil d'État témoigne toutefois d'une volonté de rendre hommage au principe d'immédiateté dans l'ordre juridique français. La reconnaissance de l'aptitude des directives à définir des buts auxquels les autorités normatives françaises sont tenues de se conformer est déduite du fait que « *la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle* »⁴⁴⁰. Le juge administratif français fonde ainsi directement son obligation de transposer les directives sur le droit primaire de l'Union. Cette exigence est certes relayée par une obligation constitutionnelle, mais l'usage du vocable « *en outre* » pour l'introduire semble traduire la volonté de lui attribuer la qualité de titre juridique subsidiaire. Par ailleurs, la très haute juridiction administrative précise ensuite que « *chacun de ces deux motifs* » l'investit du pouvoir de sanctionner la violation des directives.

157. La formule retenue depuis lors par le Tribunal des conflits dans l'arrêt *SCEA du Chéneau*⁴⁴¹, confirmée par le Conseil d'État dans l'arrêt *FSSC*⁴⁴², entérine cette dynamique tendant à ériger le droit primaire de l'Union en fondement immédiat de sa compétence communautaire. Se référant au droit de l'Union européenne « *dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution* », le Conseil d'État et le Tribunal des conflits jugent que « *le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin*

à-dire l'applicabilité du droit communautaire dans l'ordre interne. S'il trouve dans son arsenal juridique le moyen de le faire – et le juge français le trouve dans l'article 55 de la Constitution – il ne lui est pas nécessaire de s'interroger sur le point de savoir s'il aurait en outre un titre purement communautaire à le faire », (« Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in *Droit international et droit communautaire perspectives actuelles*, op. cit., p. 286).

⁴³⁹ Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, p. 265 ; les effets pratiques de la médiation constitutionnelle constituée par les clauses générale de réception française et communautaire sont concrètement, en dehors de la primauté de la Constitution qu'elle implique, insaisissables.

⁴⁴⁰ CE, avis, 21 mars 2011, *M. Jin et M. Thiero*, nos 345978, 346612, *JORF*, n°129, 4 juin 2011, p. 9638, texte n° 87, nous soulignons.

⁴⁴¹ T. confl., 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau et autres*, n°C3828, *Leb.* p. 698.

⁴⁴² CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805, *Leb.* p. 102.

inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire »⁴⁴³. Le principe d'effectivité du droit de l'Union – règle européenne d'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres⁴⁴⁴ et absente tant de la Constitution française que du droit international – fonde la compétence unionaire des juridictions françaises. Ayant effacé la médiation constitutionnelle antérieurement constituée par l'emploi exclusif de l'article 88-1 pour dégager sa compétence unionaire, le Conseil d'État satisfait de la sorte pleinement aux exigences du principe d'immédiateté du droit de l'Union européenne.

158. L'immédiateté régule les conditions d'incorporation de la norme extranationale dans l'ordre interne. Il automatise la validité du droit de l'Union européenne en vigueur dans les ordres juridiques des États membres. À l'inverse, la validité et l'applicabilité du droit conventionnel général, se trouve conditionnée par la satisfaction de certains critères constitutionnels.

§ 2. L'applicabilité simple, conditionnalité constitutionnelle d'invocabilité de la norme conventionnelle

159. L'applicabilité simple doit être distinguée de l'applicabilité directe. Ainsi, l'applicabilité simple conditionne la validité et l'entrée en vigueur du droit d'origine internationale dans l'ordre interne. Abstraction faite du régime spécifique du droit de l'Union européenne dont l'applicabilité immédiate a été établie, les conditions de l'applicabilité des normes internationales sont définies par le constituant. Celles-ci se trouvent exprimées à l'article 55 de la Constitution de 1958 pour l'ordre juridique français⁴⁴⁵, tandis qu'elles sont

⁴⁴³ T. confl., 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau et autres*, préc. ; CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805, *Leb.* p. 102.

⁴⁴⁴ L'affirmation des juges du Palais Royal selon laquelle le principe d'effectivité est issu des Traités est contestable. Il est en effet difficile de prétendre à une constitutionnalisation du principe d'effectivité qui reste actuellement purement prétorien. V. Takis TRIDIMAS, *The General principles of EU law*, Oxford, Oxford EC law library, 2ème éd., 2006, pp. 418-476. Aussi, il est nécessaire de considérer que l'ensemble des principes jurisprudentiels dégagés par la Cour sont issus des Traités pour donner foi à la formule employée successivement par le Tribunal des conflits et le Conseil d'État.

⁴⁴⁵ Ronny ABRAHAM a souligné que l'applicabilité d'une norme conventionnelle était pleinement tributaire de la satisfaction des conditions d'applicabilité posées à l'article 55 de la Constitution, en remarquant que « *pour le Conseil d'État l'absence de réalisation de l'une des conditions exigées par l'article 55 de la Constitution prive un traité international de tout effet juridique dans l'ordre interne, alors même que ce traité conserverait ses effets juridiques dans l'ordre international* », (« Les normes du droit communautaire et du droit international

assimilées à celles des actes juridiques d'origine interne par la Cour de justice pour l'ordre juridique de l'Union⁴⁴⁶. Un déséquilibre est manifeste entre la diversité des filtres constitutionnels à l'applicabilité du droit conventionnel dans l'ordre juridique français et la perméabilité constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union à cette source.

160. Les ordres juridiques français et de l'Union exigent concurremment la régularité de la procédure de ratification des traités (A). En revanche, leur publication (B) ainsi que leur application réciproque (C) sont des conditions d'applicabilité prévues par l'article 55 ne trouvant pas d'équivalent dans le droit primaire de l'Union. Il convient toutefois de préciser que la condition de réciprocité n'est pas absente de la jurisprudence de la Cour de justice, mais celle-ci y est une création prétorienne, autonome de tout fondement constitutionnel⁴⁴⁷.

A. La régularité de la procédure de ratification

161. Pour entrer en vigueur dans l'ordre juridique français, les traités doivent être ratifiés par le Président de la République, tandis que les accords internationaux nécessitent une approbation par le gouvernement, exprimée par la voix du Premier ministre ou du ministre des Affaires étrangères. La ratification est en outre soumise à une autorisation législative préalable lorsque le domaine sur lequel l'engagement porte entre dans un ou plusieurs des champs de compétence du Parlement. Le défaut de ratification est soulevé d'office par le juge administratif et prive le traité de sa validité dans l'ordre juridique français⁴⁴⁸. En outre, la ratification n'ayant plus la qualité d'un acte de gouvernement, son irrégularité peut être soulevée par les parties au litige pour exclure son application juridictionnelle⁴⁴⁹. Cette irrégularité trouve le plus souvent sa source dans un vice de compétence des organes de l'exécutif pour ratifier les traités dont l'objet entre dans les domaines réservés au Parlement

devant le juge administratif français », in *Droit international et droit communautaire perspectives actuelles*, *op. cit.*, p. 285).

⁴⁴⁶ CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, préc., pts. 4-5.

⁴⁴⁷ Pour une analyse approfondie de la manière dont la Cour de justice use de la conditionnalité de l'application réciproque, V. *infra*, cette Section, § 3

⁴⁴⁸ CE, 1^{er} février 1967, *Hough e.a.*, *Leb.* p. 52 ; CE, ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, *Leb.* p. 423.

⁴⁴⁹ Par le moyen d'un recours pour excès de pouvoir : CE, ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, *Leb.* p. 484 ; V. également : CE, 23 février 2000, *Bamba Dieng e.a.*, n°157922, *Leb.* p. 72 ; CE, 16 juin 2003, *M. Cavaciuti*, n°246794, *Tables Leb.* p. 614, 615 ; CE, ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n°327663, *Leb.* p. 268 ; par le moyen d'une exception d'illégalité : CE, ass., 5 mars 2003, *M. Aggoun*, n°242860, *Leb.* p. 77 ; la qualité d'acte de gouvernement de la ratification était antérieurement fondée sur la jurisprudence *Dame Caraco* : CE, 5 février 1926, *Dame Caraco*, *Leb.* p. 125.

listés à l'article 53 de la Constitution⁴⁵⁰. Et, de même que le traité non ratifié, le traité irrégulièrement ratifié se trouve « *privé de tout effet juridique dans l'ordre interne* »⁴⁵¹.

162. Dans l'ordre juridique de l'Union, l'absence d'automaticité du contrôle préventif de conformité des accords internationaux au droit primaire implique que leur constitutionnalité puisse être contestée par la voie du recours en annulation. Pour éviter l'irrecevabilité qui pourrait être opposée par la Cour de justice au requérant soulevant l'illégalité d'un acte non pris par une institution, le recours est ainsi formé à l'encontre de l'acte de conclusion de l'accord international⁴⁵². Les accords mixtes sont appréhendés comme un acte unique dans le cadre d'une telle procédure⁴⁵³. De sorte que la mixité d'un traité ne limite pas le contrôle de la Cour de justice au seul examen de la légalité des stipulations relevant de la compétence de l'Union⁴⁵⁴. Les moyens permettant d'obtenir l'annulation des traités sont plus larges que devant le juge administratif français⁴⁵⁵. Les requérants peuvent en effet soulever l'incompétence de la Commission⁴⁵⁶, mais également la violation des règles substantielles codifiées dans les Traités institutifs⁴⁵⁷ ou une erreur de base juridique⁴⁵⁸.

⁴⁵⁰ Valérie GOESEL-LE BIHAN, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la Ve République*, Paris, Pedone, 1995, pp. 183-193 ; Nicolas MAZIAU, Julien CAZALA, Nicolas JAMBON, Myriam MAUNOURY, « La jurisprudence française relative au droit international (année 2003) », *A.F.D.I.*, 2004, pp. 873-903 (881).

⁴⁵¹ Ronny ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 257-278 (264).

⁴⁵² CJCE, 30 avril 1974, *R. et V. Haegeman contre État belge*, préc., pt. 4 ; CJCE, 14 décembre 1991, *Avis 1/91*, préc., pt. 38 ; CJCE, 9 août 1994, *France contre Commission*, C-327/91, *Rec.* p. I-3641.

⁴⁵³ En atteste l'absence de référence par la Cour au caractère mixte de la Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube lorsque fut contestée sa légalité : CJCE, 31 janvier 2001, *Espagne contre Commission*, C-36/98, *Rec.* p. I-779.

⁴⁵⁴ Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », préc., pt. 68.

⁴⁵⁵ Chose logique considérant que le juge administratif n'est pas compétent – hors les hypothèses de vice de compétence de l'exécutif ou de la publication irrégulière – pour statuer sur la constitutionnalité des engagements internationaux : CE, ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, préc. ; CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n°239366, *Leb.* p. 260 ; CE, 14 mai 2010, *Senad Rujovic*, n°312305, *Leb.* p. 165.

⁴⁵⁶ L'accord conclu avec les États-Unis pour l'application de leur droit de la concurrence n'est pas un accord administratif et ne relève dès lors pas de la compétence exclusive de la Commission : CJCE, 9 août 1994, *France contre Commission*, préc.

⁴⁵⁷ L'accord cadre sur les bananes est annulé pour contrariété avec le principe de non-discrimination constitutionnalisé dans le droit originaire : CJCE, 5 octobre 1994, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, préc.

⁴⁵⁸ C'est le moyen d'annulation jugé le plus fréquemment fondé par la Cour de justice. Par exemple, l'accord avec les États-Unis sur l'ouverture des marchés publics est annulé car conclu sur le fondement de l'article 133 TCE [actuel 207 TFUE] relatif à la politique commerciale alors qu'il aurait dû l'être sur la base des dispositions relatives à la libre prestation de service : CJCE, 7 mars 1996, *Parlement contre Conseil*, C-360/93, *Rec.* p. I-1145 ; l'erreur de base juridique procède parfois de l'absence de compétence de la Communauté. V. les analyses de Flavien MARIATTE à propos de l'arrêt *Parlement contre Conseil* à l'occasion duquel la Cour a annulé l'accord avec les États-Unis organisant le transfert de données détenues par les compagnies aériennes : CJCE, 20 mai 2006, *Parlement contre Conseil*, C-317/06 et C-318/04, *Rec.* p. 4721, com. Flavien MARIATTE, « La sécurité

163. La ratification régulière des normes conventionnelles est donc une conditionnalité de leur applicabilité dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. L'absence de publication constitue en revanche un motif d'exclusion de leur applicabilité propre à l'ordre juridique français.

B. La condition de publication

164. Le défaut de publication d'une convention internationale au Journal Officiel s'oppose à son entrée en vigueur dans l'ordre juridique français⁴⁵⁹. La publication des conventions internationales ne revêtant pas en France de caractère obligatoire⁴⁶⁰, elle constitue le filtre constitutionnel le plus hermétique à l'incorporation des prescriptions conventionnelles dans l'ordre interne⁴⁶¹. Alain Pellet observait dans son analyse de la jurisprudence *Navigator*⁴⁶² que, pour cette raison, « un traité peut être parfaitement valable et engager la France dans l'ordre international, [alors qu'il] ne sera applicable en droit interne que si la condition, constitutionnelle, de la publication est remplie »⁴⁶³. Ce défaut d'incorporation prive les accords internationaux de l'invocabilité. Ce lien entre publicité des traités et invocabilité dans l'ordre étatique a fait l'objet d'un rappel du premier ministre qui, dans sa circulaire du 30 mai 1997, affirmait que « [l]a publication a pour objet : [...] d'introduire l'accord dans l'ordre

intérieure des États-Unis... ne relève pas des compétences externes de la Communauté », *Europe*, juillet 2006, pp. 4-8.

⁴⁵⁹ CE, 16 novembre 1956, *Villa*, préc. ; CE, 13 juillet, 1961, *Société indochinoise d'électricité*, *Leb.* p. 676 ; CE, 30 octobre 1964, *Société Prosagor*, préc. ; CE, 1^{er} juillet 1974, *Société des Éditions Bertagna*, *Leb.* p. 383 ; CE, 12 novembre 2001, *Wattenne*, préc.

⁴⁶⁰ Il convient de relever que le choix des autorités publiques de ne pas publier une convention internationale est insusceptible de recours : CE, 4 novembre 1970, *Sieur de Malglaive*, *Leb.* p. 635.

⁴⁶¹ Une telle position quant à l'invalidité interne de l'accord non publié n'est pas partagée par tous les États européens. Par exemple, les accords non publiés sont applicables dans l'ordre juridique espagnol. V. Romualdo BERMEJO GARCIA, Valentín BOU FRANCH, Carlos VALDES DIAZ, José Antonio PAJA BURGOA, « Espagne », in Pierre-Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, op. cit., pp. 183-240 (214).

⁴⁶² Le Conseil d'État y affirme en effet que la publication a « pour effet d'introduire [le traité...] dans l'ordre juridique interne français », (CE, 13 juillet 1965, *Société Navigator*, *Leb.* p. 423).

⁴⁶³ Alain PELLET, « Vous avez dit monisme ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme Constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit - Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, economica, 2006, pp. 827-857 (841) ; V. également, Geneviève BURDEAU, « Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'État de droit », *A.F.D.I.*, 1986, pp. 837-856.

juridique national. [...] En cas de non-publication, en effet, l'accord n'est pas invocable dans l'ordre juridique interne »⁴⁶⁴.

165. Le Conseil d'État a néanmoins fait preuve de pragmatisme en limitant les implications contentieuses des publications tardives. De fait, la très haute juridiction administrative a parfois procédé à une « application rétroactive des dispositions des traités »⁴⁶⁵. Allant, du moins en apparence, à l'encontre de la lettre de l'article 55 de la Constitution de 1958, la très haute juridiction administrative a ainsi appliqué à de nombreuses reprises certaines conventions internationales à des litiges dont les faits étaient antérieurs à leur publication⁴⁶⁶. Dans ses conclusions sur l'affaire *Procopio*⁴⁶⁷, le Commissaire du gouvernement Olivier Schrameck a rappelé la position du Conseil d'État qui peut être synthétisée de la manière suivante : bien que la publication de la convention internationale au Journal Officiel conditionne son entrée en vigueur dans l'ordre étatique, le traité peut produire des effets rétroactifs lorsque sa date d'entrée en vigueur objective, antérieure à la date de publication, est visée dans l'une de ses stipulations⁴⁶⁸. Cette solution permet au Conseil d'État de ne pas placer l'État en porte-à-faux avec ses obligations internationales en raison d'une publication tardive d'un accord international. Cette rétroactivité implique en effet que le retard d'incorporation d'un accord international dans l'ordre juridique interne ne constitue pas un obstacle à son application à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'accord dans l'ordre international⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, *JORF* n°125 du 31 mai 1997, p. 8415.

⁴⁶⁵ Denis ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », in Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, op. cit., pp. 47-59 (55).

⁴⁶⁶ V., l'application à une réquisition prononcée le 24 juillet 1954 d'un échange de lettres franco-vietnamien du 8 mars 1949 publié le 14 mars 1953 : CE, 23 octobre 1963, *Sieur Costa*, *Leb.* p. 496 ; l'application au 1^{er} janvier 1979 d'un échange de lettres franco-algérien de décembre 1978 publié le 31 décembre 1979 : CE, 6 juin 1980, *GISTI*, *Leb.* p. 259 ; l'application d'une Convention bilatérale fiscale entre la France et les États-Unis du 28 juillet 1967 pour toute l'année 1967 alors que la publication n'est intervenue que le 11 septembre 1968 : CE, 13 mai 1983, *M.X.*, *Leb.* p. 187 ; l'application 90 jours après le dépôt des instruments de ratification de la Convention européenne d'extradition – soit le 10 février 1986 – alors que sa publication n'intervient que le 15 mai 1986 : CE, ass., 8 avril 1987, *Procopio*, *Leb.* p. 136 ; l'application du deuxième avenant de l'accord franco-algérien du 17 décembre 1968, publié le 26 décembre 2002, à compter du 28 septembre 1994 : CE, ass., 5 mars 2003, *M. Aggoun*, préc.

⁴⁶⁷ CE, ass., 8 avril 1987, *Procopio*, préc.

⁴⁶⁸ Olivier SCHRAMECK, « conclusions sur CE, ass., 8 avril 1987, *Procopio*, *A.J.D.A.*, 1987, pp. 472-482 (478).

⁴⁶⁹ Jean-François MARCHI, « La date pertinente pour l'entrée en vigueur en France d'une Convention internationale – note sous CE, 1^{ère} et 2^{ème} sect., 7 juillet 2000, *Fédérations nationales des associations tutélaires*, req. n°213461 », *R.F.D.C.*, 2003, pp. 401-424 (402).

166. Il reste que, selon le principe confirmé par le Conseil d'État dans son arrêt *Fédérations nationales des associations tutélaires*, la date d'entrée en vigueur dans l'ordre international « régit uniquement les effets de ce traité dans l'ordre international et ne saurait être confondue avec l'entrée en vigueur dudit traité dans l'ordre interne, laquelle est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication »⁴⁷⁰. Ainsi, la date de l'entrée en vigueur dans l'ordre interne de l'accord international est bien celle de sa publication au Journal Officiel. Et ce n'est qu'à compter de celle-ci que les stipulations conventionnelles, qui indiquent une date d'entrée en vigueur dans l'ordre international antérieure à sa publication au Journal Officiel, peuvent être prises en considération par le juge interne appelé à l'appliquer. Autrement dit, il résulte de l'article 55 de la Constitution qu'un acte étatique – la publication – conditionne l'applicabilité et organise les effets juridiques dans le temps des accords internationaux dans l'ordre interne⁴⁷¹.

167. L'Union européenne n'oppose pas un tel frein à l'incorporation des accords internationaux. Dans la jurisprudence *Sevince*⁴⁷², la Cour a en effet affirmé la simultanéité des entrées en vigueur subjective et objective des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union, en jugeant que « le défaut de publication de ces décisions [du conseil d'association CE/ Turquie], s'il peut faire obstacle à ce que des obligations soient imposées à un particulier, n'est pas de nature à priver ce dernier de la faculté de faire valoir, à l'égard d'une autorité publique, les droits que ces décisions lui confèrent »⁴⁷³. Rien ne s'oppose à l'extension de ce libéralisme affiché par la Cour de justice à la condition de publicité des accords internationaux⁴⁷⁴. De cette manière, les stipulations conventionnelles non publiées s'inscrivent dans la légalité communautaire, mais ne peuvent en aucun cas produire un effet direct vertical descendant. En vertu du principe *nemo auditur propriam turpitudinem*

⁴⁷⁰ CE, 7 juillet 2000, *Fédérations nationales des associations tutélaires*, n°213461, *Tables Leb.*, pp. 781, 815, 821 et 989.

⁴⁷¹ Une exception à ce principe, par ailleurs jamais démenti, peut néanmoins être relevée. À l'occasion de l'affaire *Sieur Mbounya*, le Conseil d'État est allé jusqu'à appliquer une convention non encore publiée, pour se déclarer incompétent pour statuer sur la légalité des actes administratifs camerounais, alors que la déclaration commune des gouvernements français et camerounais sur l'indépendance du Cameroun n'était pas encore paru au Journal officiel ; il est aisé de comprendre que le contexte politique de l'affaire justifie ici pleinement cet « accident » jurisprudentiel : CE, 23 novembre 1961, *Sieur Mbouina*, *Leb.* p. 612.

⁴⁷² CJCE, 20 septembre 1990, *S.Z. Sevince contre staatssecretaris van justitie*, préc.

⁴⁷³ CJCE, 20 septembre 1990, *S.Z. Sevince contre staatssecretaris van justitie*, préc., pt. 24.

⁴⁷⁴ Joël RIDEAU, « Accords internationaux », préc., pt. 230.

*allegans*⁴⁷⁵, les obligations imposées par ces accords internationaux non publiés ne peuvent en effet être opposés aux individus par les institutions de l'Union⁴⁷⁶.

168. Les ordres juridiques français et de l'Union ne retirent donc pas les mêmes conséquences du défaut de publication des normes conventionnelles : elle exclut leur validité en droit français, tandis qu'elle n'interdit que leur opposabilité aux individus en droit de l'Union européenne. De la même manière, la condition de réciprocité n'est pas symétriquement traitée par la Cour de justice et le Conseil d'État. La base juridique comme le champ des normes internationales soumis à cette condition d'applicabilité ne se confondent en effet pas dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. Ce critère d'applicabilité, codifié à l'article 55 de la Constitution de 1958, ne trouve pas son équivalent dans le droit primaire de l'Union. Toutefois, cette condition d'applicabilité qui ne présente pas de caractère constitutionnel dans l'ordre juridique de l'Union est examinée par la juridiction de Luxembourg lorsque celle-ci estime que l'accord est fondé sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels.

C. La condition constitutionnelle de réciprocité dans l'ordre juridique français

169. La réciprocité d'application est la troisième et dernière conditionnalité d'applicabilité simple des engagements internationaux dans l'ordre juridique français⁴⁷⁷. Absente de la Constitution de 1946, la condition de réciprocité d'application⁴⁷⁸ a été introduite dans la Constitution de 1958 afin d'atténuer la portée du principe de primauté des accords

⁴⁷⁵ *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.*

⁴⁷⁶ Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Fondements – Élaboration – Liens conventionnels », préc., pt. 65.

⁴⁷⁷ Le choix est ici fait d'adopter la position de la doctrine majoritaire selon laquelle le défaut de réciprocité d'application n'induit pas seulement l'absence de primauté de l'accord international concerné, mais également son inapplicabilité ; V. Louis DUBOIS, « Le juge administratif et les règles du droit international », préc., p. 21 ; Jean-François LACHAUME, « Juridiction administrative et contrôle de réciprocité des traités et accords internationaux (article 55 de la Constitution) - note sous CE, ass., 9 avril 1999, *Chevol-Benkeddach* », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 937-950 ; Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « L'applicabilité des normes internationales », *jscl. Administratif*, fasc. n°20, 2003, n°47-49.

⁴⁷⁸ A contrario, la condition de réciprocité d'application des traités existait déjà dans l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « [s]ous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Cette approche de la condition de réciprocité n'intervient qu'au moment de l'engagement.

internationaux consacré en son article 55⁴⁷⁹. Cependant, comme le soulignent Marie Gautier et Fabrice Melleray, la condition de réciprocité « a échoué dans cet objectif dans la mesure où elle n'a guère freiné la pénétration des normes internationales en droit interne »⁴⁸⁰.

170. Cette conditionnalité⁴⁸¹, modulatrice de l'applicabilité des conventions internationales⁴⁸², a par ailleurs créé des difficultés dans l'identification de l'autorité compétente pour l'apprécier. C'est en effet seulement vingt ans après l'arrêt *GISTI*⁴⁸³, à l'occasion de l'arrêt *Cheriet-Benseghir* du 9 juillet 2010⁴⁸⁴, que le Conseil d'État s'est attribué le pouvoir d'apprécier l'application réciproque des traités. Ce faisant, il a pleinement autonomisé sa compétence de juge de l'invocabilité des règles conventionnelles de la tutelle du ministère des Affaires étrangères.

171. Sous l'empire de la jurisprudence *Rekhou*⁴⁸⁵, la procédure utilisée pour apprécier l'application réciproque des traités était en tout point similaire à celle qui régissait leur interprétation avant l'arrêt *GISTI*⁴⁸⁶. En cas de doute sur l'application réciproque d'une convention internationale, une question préjudicielle devait en effet être adressée au ministre des Affaires étrangères dont la réponse liait le juge administratif. L'abandon du renvoi préjudiciel en interprétation militait logiquement en faveur d'un retour sur la jurisprudence

⁴⁷⁹ Patrick WACHSMANN, « L'article 55 de la Constitution de 1958 et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme », *R.D.P.*, 1998, pp. 1671-1685.

⁴⁸⁰ Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « L'applicabilité des normes internationales », préc., pt. 32.

⁴⁸¹ La condition de réciprocité d'application donne un écho interne à l'adage *inadimplenti non est adimplendum* selon lequel une partie ne peut être tenue de respecter les obligations prévues dans un traité si l'autre partie refuse d'honorer les siennes. Ce principe du droit international ne trouve pas à s'appliquer lorsque l'accord international garantit les droits de la personne humaine, qu'il s'agisse d'un traité humanitaire ou de protection des droits fondamentaux.

⁴⁸² Il convient de préciser qu'il subsiste une controverse doctrinale autour des effets du défaut d'application réciproque des accords internationaux. La question se pose en effet de savoir si le défaut de réciprocité affecte l'applicabilité des traités ou seulement leur valeur supra-législative. La décision du Conseil Constitutionnel *Loi de Finances de 1981* prête à confusion sur cette question et peut ainsi être interprétée comme ne déduisant du défaut d'application réciproque que la défection de sa valeur supra-législative : Cons. const., 30 décembre 1980, *Loi de Finances de 1981*, n°80-126, *Rec. CC*, p. 89. Les arrêts *Rekhou* du Conseil d'État et *Males* de la Cour de cassation refusent quant à eux l'applicabilité des traités non réciproquement appliqués. Nous adopterons ici la solution des hautes juridictions judiciaire et administrative qui nous apparaît la plus convaincante : Cass. crim., 29 juin 1972, *Males*, *Bull.crim.*, p. 595 ; CE, ass., 19 mai 1981, *Rekhou*, *Leb.* p. 220. En ce sens, la SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT a affirmé que « La Convention est applicable dans l'ordre interne à la condition d'être appliquée correctement par l'autre partie ou les autres parties », (*La norme internationale en droit français*, Paris, La documentation française, EDCE, 2000, p. 54).

⁴⁸³ CE, 29 juin 1990, *Groupe d'informations et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

⁴⁸⁴ CE, ass., 9 juillet 2010, *Cheriet Benseghir*, n°317747, *Leb.* p. 251, com. Jean-François LACHAUME, « L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 1146-1157 ; Sophie-Justin LIEBER, Damien BOTTEGHI, « De deux questions de droit international public et d'une question de procédure contentieuse », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 1635-1642 ; Marie GAUTIER, « L'appréciation de la réciprocité d'application », *Droit administratif*, octobre 2010, pp. 36-38.

⁴⁸⁵ CE, ass., 19 mai 1981, *Rekhou*, préc.

⁴⁸⁶ CE, 29 juin 1990, *Groupe d'informations et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

*Rekhou*⁴⁸⁷. Les arguments ayant motivé l'établissement de la compétence juridictionnelle d'interprétation des traités – au premier rang desquels se trouve le souci de garantir le droit à un tribunal et au procès équitable – étaient également valables pour les renvois préjudiciels opérés pour vérifier l'application réciproque des stipulations conventionnelles. Le commissaire du gouvernement Ronny Abraham souscrivait déjà à cette idée dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, lorsqu'il affirmait que « *la solution adoptée en matière d'interprétation nous paraît devoir être en harmonie avec celle qui gouverne l'appréciation de la réciprocité* »⁴⁸⁸. La solution de conciliation proposée par le Commissaire du gouvernement était de reprendre les techniques mises en place pour le renvoi en interprétation. Soutenue par les commentateurs, elle consistait en la création d'une obligation de renvoi en cas de difficulté réelle sur la question de l'application réciproque, mais la réponse fournie par le ministère des Affaires étrangères aurait dû être soumise à débat contradictoire⁴⁸⁹. Autrement dit, cette réponse ne devait pas lier, mais seulement instruire le juge.

172. Cet argumentaire, pourtant difficilement contestable, n'a pas été entendu par le Conseil d'État, qui à l'occasion de son arrêt *Chevrol-Benkaddach*⁴⁹⁰, semble avoir prêté une oreille plus attentive à l'argument classique mentionné dans les conclusions du Commissaire du gouvernement Schwartz, selon lequel « *l'interprétation est une question juridique. L'appréciation de réciprocité est essentiellement politique* »⁴⁹¹. La très haute juridiction administrative n'a pas adopté la solution préconisée par le Commissaire du gouvernement, qui invitait le Conseil d'État à consacrer sa compétence pour apprécier l'application réciproque des traités. Prévisible, la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'est pas fait attendre. À l'occasion de l'arrêt *Chevrol contre France*⁴⁹², la juridiction de Strasbourg a ainsi jugé que le mécanisme de renvoi préjudiciel en appréciation

⁴⁸⁷ CE, ass., 19 mai 1981, *Rekhou*, préc.

⁴⁸⁸ Ronny ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, 29 juin 1990, *GISTI*, préc., p. 628.

⁴⁸⁹ Le mécanisme proposé par le commissaire du gouvernement était ainsi soutenu par Jean François Lachaume et Gérard Teboul, (Jean-François LACHAUME, « L'interprétation par le juge administratif des conventions internationales », préc., p. 938 ; Gérard TEBOUL, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 621-641 (636)).

⁴⁹⁰ CE, ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkaddach*, n°180277, *Leb.* p. 115.

⁴⁹¹ Remy SCHWARTZ, conclusions sur CE, 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkaddach*, n°180077.

⁴⁹² Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol contre France*, préc.

de l'application réciproque des traités violait le droit d'accès à un tribunal et le principe du contradictoire⁴⁹³.

173. Par suite, tirant les conclusions de cette condamnation, le Conseil d'État a révisé sa position à l'occasion de l'arrêt *Cheriet Benseghir*, à l'occasion duquel il a jugé qu'« *il appartient au juge administratif [...] de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie* »⁴⁹⁴. À cette fin, le Conseil d'État adopte la méthode proposée par le Commissaire du gouvernement Abraham vingt ans plus tôt à l'occasion de l'affaire *GISTI*, affirmant, à propos de l'appréciation de la condition de réciprocité, qu'il revient au juge administratif, « *dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des Affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'État en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire* »⁴⁹⁵. Une telle solution garantit le respect de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Comme le souligne Marie Gautier, elle « *implique une véritable translation du pouvoir d'appréciation de la condition de réciprocité du ministre vers le juge et attribue bien à ce dernier, au moins formellement, une plénitude de compétence* »⁴⁹⁶.

174. Le champ d'application de cette condition d'invocabilité est toutefois réduit, dès lors qu'en sont exclus le droit de l'Union européenne⁴⁹⁷, les traités de droit international humanitaire⁴⁹⁸ et, plus largement, l'ensemble des traités relatifs à la protection de la personne humaine⁴⁹⁹. L'étroitesse du champ d'application de la condition de réciprocité explique que celle-ci n'ait jamais constitué un terreau propice au développement d'une jurisprudence fournie. Les affaires donnant lieu à un examen de la condition de réciprocité gardent ainsi un

⁴⁹³ Rappelons, qu'aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, un « *tribunal* » est un organe juridictionnel qui statue *en toute indépendance* et bénéficie d'une plénitude de juridiction : Cour EDH, plénière, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, req. n°6878/75 et 7238/75 ; Cour EDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin contre France*, préc.

⁴⁹⁴ CE, ass., 9 juillet 2010, *Cheriet Benseghir*, préc.

⁴⁹⁵ CE, ass., 9 juillet 2010, *Cheriet Benseghir*, préc.

⁴⁹⁶ Marie GAUTIER, « L'appréciation de la réciprocité d'application », préc., p. 37.

⁴⁹⁷ Cons. const., 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*, n°98-400, *Rec. CC*, p. 251 ; SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, *op. cit.*, 2000, p. 54.

⁴⁹⁸ Cons. const., 22 janvier 1999, *Traité portant statut pour la Cour pénale internationale*, n°98-408, *Rec. CC*, p. 29 ; cette jurisprudence témoigne de l'appropriation par l'ordre juridique français de la règle coutumière codifiée à l'article 60, paragraphe 5 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, préc.

⁴⁹⁹ La condition de réciprocité n'est pas jugée susceptible d'écarter l'applicabilité de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, en sa qualité d'instrument conventionnel de protection des droits de l'Homme : CE, 22 mai 1992, *Larachi*, n°99475, *Leb.* p. 203 ; Cass 1^{ère} civ., 15 novembre 1989, *Sieurs Lalanne et Sutter*, n°1989-3803, *J.D.I. (Clunet)*, p. 611. V. Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « L'applicabilité des normes internationales », préc., pt. 38.

caractère exceptionnel. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Cheriet Benseghir*, le Rapporteur public Gaëlle Dumortier n'a ainsi dénombré que cinq affaires ayant eu à traiter de cette question depuis le 4 octobre 1958⁵⁰⁰. C'est pour cette raison que la Cour européenne des droits de l'Homme – dont l'arrêt de condamnation a conduit à l'abandon de la jurisprudence *Rekhou*⁵⁰¹ – n'a été saisie que très tardivement de la question de la conformité de la procédure de renvoi préjudiciel en appréciation de l'application réciproque à l'article 6 de la Convention⁵⁰². En tout état de cause, un accord international entrant dans le champ d'application de la condition de réciprocité ne peut pas accéder au rang d'élément de la légalité française si une partie cocontractante n'exécute pas dans son ordre juridique les obligations que l'accord impose.

175. La Constitution de 1958 oppose donc de nombreux filtres à l'applicabilité des accords internationaux. Cette rigueur contraste avec la souplesse des conditions d'incorporation des accords internationaux prévues dans les Traités institutifs de l'Union européenne. Les deux ordres ne partagent en effet que la condition de la régularité de ratification, alors que les conditions de publicité et de réciprocité restent propres à l'ordre juridique français.

176. Bien que la condition de réciprocité ne soit pas inscrite dans les traités constitutifs, la Cour de justice de l'Union se l'est appropriée aux fins de filtrer les traités susceptibles de s'inscrire dans le bloc de légalité de l'Union. En effet, la réciprocité d'application conditionne l'aptitude des accords soumis aux principes de réciprocité et d'avantages mutuels à s'élever au rang de norme de référence dans le contentieux de la légalité.

⁵⁰⁰ Gaëlle DUMORTIER, « L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 1133-1146 (1133).

⁵⁰¹ CE, ass., 19 mai 1981, *Rekhou*, préc. ; confirmation en formation solennelle de l'arrêt de principe *Costa* : CE, sect., 25 janvier 1963, *Costa, Leb.* p. 47.

⁵⁰² Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol contre France*, préc.

§3. L'application réciproque, conditionnalité jurisprudentielle de l'accès des accords internationaux souples au rang de paramètre de la légalité de l'Union

177. La réciprocité d'application n'est pas une conditionnalité constitutionnelle d'applicabilité des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union. Elle n'est pas codifiée dans le Traité de Lisbonne. Cependant, elle n'est pas pour autant tout à fait étrangère au droit de l'Union. En effet, la Cour de justice l'a imposée comme critère de d'invocabilité des accords internationaux fondés sur « *une base de réciprocité et d'avantages mutuels* »⁵⁰³. Les traités qui accordent une marge de manœuvre conséquente aux autorités exécutives et législatives pour négocier ses conditions d'application avec les parties cocontractantes sont ainsi soumis à la condition de réciprocité⁵⁰⁴. En réalité, ce critère d'invocabilité vise exclusivement à écarter l'aptitude du droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) à constituer un critère de la légalité des actes de l'Union⁵⁰⁵. Le défaut d'application réciproque n'est en revanche pas susceptible d'entraver l'invocabilité des autres composantes du bloc de conventionnalité de l'Union⁵⁰⁶. Une conséquence fondamentale du défaut d'application

⁵⁰³ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 42.

⁵⁰⁴ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, préc.

⁵⁰⁵ Enzo CANNIZZARO explique ainsi que la Cour limite le champ d'application matériel de l'argument de réciprocité aux accords OMC : « *Questa conclusione sembra evidenziare come la Corte intendesse limitare la portata della propria giurisprudenza tracciando una distinzione fra diverse categorie di accordi a seconda del ruolo giocato dall'elemento della reciprocità. Mentre per la maggior parte di accordi, la reciprocità costituirebbe semplicemente il riflesso del generale carattere sinallagmatico che è alla base di qualsiasi scambio di consenso, nel GATT e negli accordi istitutivi dell'OMC, essa costituirebbe una vera e propria causa giuridica dell'accordo. I riferimenti, contenuti nella sentenza Portogallo c. Consiglio, a comportamenti analoghi ad opera delle principali controparti commerciali della Comunità, dotati di un alto valore persuasivo sul piano pratico, andrebbero allora giuridicamente valorizzati come prassi seguita dalle parti nell'interpretazione degli accordi OMC* », (« Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko* », préc., p. 647). Traduction : « Cette conclusion atteste du fait que la Cour entend limiter la portée de sa propre jurisprudence en traçant une distinction entre les différentes catégories d'accords en fonction du rôle qu'ils attribuent à la réciprocité. Bien que pour la majeure partie des Traités, la réciprocité constitue simplement le reflet de la dimension synallagmatique qui se situe à l'origine de tout échange de consentement. Les références présentes dans la décision *Portugal contre Conseil*, au comportement analogue des principaux partenaires commerciaux de la Communauté, revêtant une portée décisive sur le plan pratique, se voient attachées des implications juridiques déterminantes en qualité de témoin des pratiques de ces parties dans l'interprétation des accords OMC ». Frédérique BERROD remarque dans le même sens que « *les accords OMC constituent des accords spécifiques. En effet, ils sont fondés sur "une base de réciprocité et d'avantages mutuels" et se distinguent des autres accords qui instaurent "une certaine asymétrie des obligations ou créent des relations spéciales d'intégration avec la Communauté"* », (« La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation », *R.T.D. eur.*, 2000, pp. 419-460 (429)).

⁵⁰⁶ CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg Mainz contre C.A. Kupferberg*, 104/81, *Rec.* p. 3641, pt. 18 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 58.

réciroque réside dans le refus de l'invocabilité de ces accords par les requérants étatiques⁵⁰⁷. La Cour ne pourrait en effet pas refuser aux États membres le droit de se prévaloir des accords OMC sur le terrain de l'effet direct. L'effet direct est un critère d'invocabilité directement rattachée au droit subjectif⁵⁰⁸ et s'avère en conséquence inopposable à cette catégorie de justiciables⁵⁰⁹. En écartant les accords OMC des paramètres de la légalité de l'Union, la condition de réciprocité permet en revanche d'écarter les requérants étatiques du champ des justiciables qui sont en capacité de se prévaloir de leurs stipulations conventionnelles. Les États membres ne peuvent donc pas solliciter utilement l'application juridictionnelle des accords OMC⁵¹⁰ et des accords ADPIC⁵¹¹, afin de contester la légalité des actes des institutions de l'Union⁵¹². Ce faisant, la Cour procède à une intégration « contrôlée, sélective, voir parcimonieuse »⁵¹³ du droit international économique dans l'ordre juridique de l'Union.

178. Il est fondamental de distinguer l'examen de la réciprocité d'application de celui de l'effet direct des accords internationaux. L'appréciation du critère subjectif de l'effet direct (l'affectation de la situation juridique des personnes privées) et de la réciprocité d'application, opérée sous le titre commun de l'examen de la nature et de l'économie de l'accord, rend

⁵⁰⁷ Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 879-890.

⁵⁰⁸ Pour une assimilation des concepts d'effet direct du droit conventionnel et de droit subjectif conventionnel, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 1, A, 4).

⁵⁰⁹ En effet, au terme de la jurisprudence *Pays-Bas contre Conseil*, la Cour juge que la conditionnalité du destinataire ne peut être opposée aux États requérants : « à supposer que, comme le Conseil le soutient, la CDB [Convention sur la biodiversité] contienne des dispositions dépourvues d'effet direct, en ce sens qu'elles ne créeraient pas de droits que les particuliers pourraient invoquer directement en justice, cette circonstance ne constituerait pas un obstacle au contrôle par le juge du respect des obligations qui s'imposent à la Communauté en tant que partie », CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Conseil*, préc., pt. 54.

⁵¹⁰ CJCE, 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne contre Conseil*, préc. ; CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc.

⁵¹¹ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Conseil*, préc., pt. 52.

⁵¹² Cette jurisprudence prête à critique en ce qu'elle conduit la Cour à écarter certains accords internationaux, pourtant parties du bloc communautaire de légalité, du contentieux purement objectif qu'est le recours en annulation sur requête étatique. Depuis l'affaire *Allemagne contre Conseil*, une grande partie de la doctrine attendait une autre solution de la Cour, accordant aux États, en leur qualité de requérants privilégiés, un droit de se prévaloir de toute stipulation conventionnelle. V. notamment : Mickaël HAHN, Gunnar SCHUSTER, « Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la communauté », *R.G.D.I.P.*, 1995, pp. 367-384 (370) ; Ulrich EVERLING, « Will Europe slip on Bananas? The bananas judgement of the Court of justice and national Courts », *CML Rev.*, 1996, pp. 401-437 ; Ernst-Ulrich PETERSMANN, « Proposals for a new Constitution for the European Union : building-blocks for a Constitutionnal theory and Constitutionnal law in the EU », *CML Rev.*, 1995, pp. 1123-1175 (1134 et 1164) ; Antonio SAGGIO, conclusions du 25 février 1999 sur CJCE, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, C-149/96, *Rec.* p. I-8395, pt. 18.

⁵¹³ Jean-Pierre PUISOCHET, « La place du droit international dans la jurisprudence de la CJCE », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini* (Essays in honour of Guiseppe Federico Mancini), Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, Volume II, pp. 779-793 (779).

parfois difficile cette distinction⁵¹⁴. Elle n'en reste pas moins nécessaire à la compréhension de la jurisprudence de la Cour. Au sein d'un débat doctrinal animé, la position ici retenue est donc celle de l'absence de théorie unifiée de l'invocabilité des accords internationaux unionnaires, deux théories aux logiques distinctes régulant cette question, selon qu'est en cause une règle OMC, ou tout autre instrument conventionnel international liant l'Union⁵¹⁵.

179. La Cour de justice a rapidement consacré sa compétence pour apprécier la réciprocité d'application des prescriptions conventionnelles, comme ce fut le cas pour ce qui concerne sa compétence interprétative (A). Cette compétence lui a permis par la suite de ne pas sanctionner les actes des institutions de l'Union constitutifs d'une violation des règles OMC (B).

A. La compétence de la Cour de justice pour apprécier la condition de réciprocité d'application

180. Différentes catégories de conditions de réciprocité ont été successivement examinées par la Cour de justice. Dans un premier temps, la juridiction de l'Union s'intéressait au seul régime de réciprocité des obligations des parties à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)⁵¹⁶ pour écarter leur invocabilité, elle a par la suite élargi sa compétence

⁵¹⁴ Pour une présentation de cet examen sous le même frontispice de ces deux propriétés ontologiquement distinctes de la norme conventionnelle, V. Enzo CANNIZZARO, « The neo-monism of the European Union legal order », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 35-58 (39-49).

⁵¹⁵ Jean-Victor LOUIS opère une distinction similaire en axant sur cette dichotomie sa présentation des règles d'invocabilité des accords internationaux dans l'ordre juridique international, (« L'insertion des accords internationaux dans l'ordre juridique de la Communauté et des États membres », in Marianne DONY, Jean-Victor LOUIS, (dir.), *Le droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne. Commentaire Mégret. Tome 12 : Relations extérieures*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 113-140); Niilo JÄÄSKINEN a également distingué deux branches de la jurisprudence de la Cour relative à l'invocabilité du droit conventionnel. Il qualifie la jurisprudence relative aux accords GATT/OMC de « première branche dualiste », tandis que la jurisprudence relative aux autres accords internationaux liant l'Union constitue « le tronc commun moniste » : Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, affaires jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, pts. 29 et 36 ; V. également, Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., pp. 879-890 ; V. *contra*, pour une présentation unifiée des conditions d'invocabilité du droit conventionnel, Joël RIDEAU, « Accords internationaux », préc.

⁵¹⁶ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc.

pour apprécier la réciprocité d'application des accords conclus sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce⁵¹⁷.

181. La Cour de justice s'est très tôt reconnue compétente pour apprécier le régime de réciprocité de certains accords internationaux. Ainsi, l'économie générale du GATT et de l'accord ACP-CEE a été examinée aux fins d'établir que le premier est fondé sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels⁵¹⁸, tandis que le second fonctionne sur le régime d'obligations asymétriques⁵¹⁹.

182. À l'occasion de l'arrêt *Hermès*, l'avocat général Tesauro invitait la Cour à ne pas fonder l'absence d'invocabilité des accords OMC sur un appui équivalent à celui employé à l'occasion de la jurisprudence *International fruit*⁵²⁰. En effet, les accords OMC ne pouvaient plus être désignés comme souples, en considération de « *l'inversion du rapport entre la règle et l'exception* » ; en conséquence, « *il serait certainement plus correct de rattacher la reconnaissance de l'effet direct au principe de la réciprocité dans l'application de l'accord* »⁵²¹. En l'espèce, la juridiction de l'Union a estimé possible de délivrer une interprétation de l'article 289 du Code de procédure civile hollandais qui était conforme aux règles OMC. Elle ne s'est pour cette raison pas prononcée sur la condition de réciprocité, qui permettait selon l'avocat général d'écarter l'invocabilité-sanction des règles OMC, car l'invocabilité d'interprétation n'est pas subordonnée à la réciprocité d'application⁵²².

183. Les conclusions de l'avocat général Tesauro trouvèrent cependant rapidement un écho dans la jurisprudence de la Cour, à l'occasion de l'affaire *Portugal contre Conseil*⁵²³. Sans s'interroger sur le titre juridique l'investissant du pouvoir de procéder à une telle analyse, la

⁵¹⁷ Judson OSTERHOUDT BERKEY identifie quatre formes de réciprocité : la réciprocité dans l'équivalence des obligations des parties à l'accord, la réciprocité dans la possibilité de déroger à ses obligations, la réciprocité dans les modes internationaux de règlement des litiges et enfin la réciprocité d'application de l'accord. Dans nos analyses, la catégorie relative au régime de réciprocité structurelle regroupe les trois premières formes de réciprocité présentées par M. BERKEY, (« The european Court and the direct effect of the GATT : a question worth revisiting », *EJIL*, 1998, pp. 626-657 (630)).

⁵¹⁸ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc., pt. 21.

⁵¹⁹ CJCE, 12 décembre 1995, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Chiquita Italia SpA*, C-469/93, *Rec. p. I-4533*, pts. 27-32.

⁵²⁰ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc.

⁵²¹ Giuseppe TESAURO, 13 novembre 1997, conclusions sur CJCE, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, préc., pts. 29-35.

⁵²² CJCE, 3 novembre 1997, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, préc., pts. 39-45. Pour une étude approfondie du régime de l'invocabilité d'interprétation des accords internationaux devant la Cour de justice de l'Union européenne, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, A (fondements) et § 2, A (intensité).

⁵²³ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc.

Cour de justice a affirmé que « *certaines des parties contractantes, qui sont, du point de vue commercial, parmi les partenaires les plus importants de la Communauté, ont tiré à la lumière de l'objet et du but des accords OMC la conséquence que ceux-ci ne figurent pas parmi les normes au regard desquelles leurs organes juridictionnels contrôlent la légalité de leurs règles de droit internes* »⁵²⁴. Initialement limité à l'appréciation de la réciprocité des obligations des parties contractantes, la compétence de la Cour de justice s'est ainsi étendue à l'examen de la réciprocité d'application juridictionnelle à l'occasion de la jurisprudence *Portugal contre Conseil*.

184. Depuis lors, la juridiction de l'Union fait régulièrement usage de cette compétence pour conclure au défaut d'application réciproque des accords OMC⁵²⁵. Il convient de préciser que cette compétence n'est mobilisée que lorsque des traités fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels sont invoqués ; cela explique que la condition de réciprocité neutralise l'applicabilité des seules règles OMC.

B. L'examen de l'application réciproque des accords OMC

185. En principe, le défaut de réciprocité d'application juridictionnelle, entraîné par le refus d'un cocontractant de conférer l'effet direct à un accord international, n'est pas susceptible de fonder la négation de son invocabilité devant la Cour de justice. Christine Kaddous observait dans sa thèse de doctorat que « *la circonstance que l'une des parties estimerait que certaines des stipulations de l'accord sont d'applicabilité directe, alors que l'autre partie n'admettrait pas cette applicabilité n'est pas, en elle-même et à elle-seule, de nature à constituer une*

⁵²⁴ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 43.

⁵²⁵ CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, C-377/02, Rec. p. I-1465, pt. 53, com. Nikolaos LAVRANOS, « The Chiquita and Van Parys judgments: an exception to the Rule of Law », *LIEI*, 2005, pp. 449-460 ; Flavien MARIATTE, « Le juge communautaire et l'effet des décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Rapide examen des arrêts de la Cour, du 1^{er} mars 2005, aff. C-377/02, van Parys, et du Tribunal, du 3 février 2005, aff. T-19/01, Chiquita Brands e.a. contre Commission », *Europe*, 2005, n°5, pp. 7-11 ; CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 45.

absence de réciprocité dans la mise en œuvre de l'accord »⁵²⁶. Les spécificités de la structure des accords OMC érigent le régime de son invocabilité en exception à ce principe⁵²⁷.

186. Il convient en premier lieu de préciser les indices utilisés par la Cour de justice pour se prononcer sur la réciprocité d'application du droit conventionnel (1). Cette appréciation est opérée par la juridiction de l'Union lorsqu'elle analyse la structure et l'économie des seuls accords OMC. C'est pourquoi la notion de la structure et de l'économie des traités employée par la Cour, dont le contenu varie selon la nature de l'accord international invoqué, est actuellement nimbée d'un voile d'incertitude (2).

1) L'application juridictionnelle, épice de la condition de réciprocité

187. Les règles du GATT et de l'OMC sont fondées « sur le principe de négociations entreprises sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels »⁵²⁸, et s'opposent en cela aux accords d'association et de coopération fondés sur « une certaine asymétrie des obligations »⁵²⁹. La possibilité de parvenir à des solutions mutuellement acceptables, par voie de négociation devant l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC (ORD), participe au défaut de justiciabilité des accords OMC⁵³⁰. La préservation de la marge de manœuvre des institutions devant cette instance implique en effet nécessairement que les accords OMC ne

⁵²⁶ Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Dossier de droit européen, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, 1998, p. 358.

⁵²⁷ Christine KADDOUS écrivait ainsi, à propos de l'affaire *Portugal contre Conseil*, que « [l]a question de l'effet direct des règles de l'OMC est, politiquement et économiquement, sensible du fait que les partenaires les plus importants de la Communauté, et en particuliers les États-Unis, ont écarté la possibilité de reconnaître un tel effet à ces règles. Cette situation rend plus difficile un changement sur le plan communautaire, car celui-ci pourrait être perçu au niveau politique comme un renversement de l'équilibre délicat existant sur le plan international », (« Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », in *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éditions de l'Université libre de Bruxelles, vol. II, 2003, pp. 107-126 (111))

⁵²⁸ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, préc., pt. 26 ; CJCE, 16 mars 1983, *Administration des Finances de l'État contre SPI et SAMI*, 267 à 269/81, *Rec.* p. 801, pt. 23 ; CJCE, 16 mars 1983, *Società Italiana per l'Odeotto Transalpino contre Ministère italien des Finances, ministère de la Marine marchande, circonscription douanière de Trieste et port autonome de Trieste*, 266/81, *Rec.* p. 731, pt. 28 ; CJCE, 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne contre Conseil*, préc., pts. 106-108 ; CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 45.

⁵²⁹ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 42.

⁵³⁰ Ce lien de cause à effet introduit entre l'existence d'une modalité diplomatique de résolution des différends et absence de justiciabilité interne d'un accord international a été critiqué par Jan KLABBERS. Il soutient que l'absence de sanction juridictionnelle internationale des violations d'un Traité donne davantage d'acuité à la nécessité de la sanction internes de celles-ci (*The European Union in international law*, Paris, Pedone, 2012, p. 77).

puissent être érigés en critères de la légalité des actes de droit dérivé de l'Union⁵³¹. Frédérique Berrod remarquait en ce sens que « *la possibilité de négocier des mesures de compensation appartient au pouvoir législatif (ou exécutif) des parties et empêche qu'une juridiction nationale ne vienne appliquer les règles de l'OMC ou les décisions de l'organe de règlement des différends* »⁵³². Dans l'hypothèse d'un différend interétatique porté devant l'ORD, la Cour considère en effet avec pragmatisme que « *contrôler la légalité des mesures communautaires concernées au regard des règles OMC, pourrait avoir pour effet de fragiliser la position de la Communauté dans la recherche d'une solution mutuellement acceptable au différend* »⁵³³.

188. La nécessité de ne pas affaiblir les institutions de l'Union dans les négociations commerciales internationales a conduit la Cour à soumettre l'invocabilité des accords OMC à la condition de réciprocité (a). Le défaut de réciprocité d'application est actuellement déduit de la jurisprudence des juridictions des principaux partenaires commerciaux de l'Union, qui refusent elles-mêmes d'admettre la justiciabilité des règles OMC (b).

a) Fondement de l'examen de la réciprocité juridictionnelle d'application

189. La réciprocité d'application juridictionnelle est examinée par la Cour car il existe dans l'ordre international une instance de règlement des différends nés de l'allégation d'une violation des règles OMC (i). Ce raisonnement de la Cour peine à convaincre certains auteurs qui soutiennent que la juridictionnalisation du système OMC ne doit pas être interprétée par les juridictions internes comme un invitation à délocaliser dans l'ordre international le contrôle du respect des obligations qu'imposent les règles OMC aux parties contractantes (ii).

⁵³¹ Frédéric SCHMIED, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, Clermont Ferrand, LGDJ, Fondation Varenne, 2012, pp. 217-220.

⁵³² Frédérique BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation », préc., p. 428.

⁵³³ CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc., pt. 51.

i) Identification du fondement : la nécessité de préserver la marge de négociation des institutions de l'Union

190. Le refus opposé par la Cour à l'invocabilité-sanction des accords OMC trouve sa cause dans sa volonté de ne pas se substituer à la Commission à la table des négociations conduites dans l'ordre international⁵³⁴. Dans l'affaire *Omega air*⁵³⁵, la compagnie de transport aérien soutenait que tous les accords se fondent sur une base de réciprocité, et en déduisait qu'écarter l'invocabilité des accords OMC sur le terrain du principe de réciprocité et d'avantages mutuels ne se justifiait pas. La Cour a répliqué que le requérant « *méconnaît le fondement de la jurisprudence de la Cour. En effet, l'élément déterminant en la matière est constitué par le fait que la résolution des litiges portant sur le droit de l'OMC est, en partie, fondée sur des négociations entre les parties contractantes* »⁵³⁶. L'Organe de Règlement des Différends de l'OMC (ORD) présente la spécificité d'accorder une place importante à la négociation entre les parties au litige pour en déterminer l'issue. Cela explique que la capacité processuelle internationale des personnes privées, qui profite pourtant usuellement à la force invalidante de l'instrument international qui la leur confère⁵³⁷ – en contribuant notamment à la clarification de la substance des normes conventionnelles⁵³⁸ – ne produise pas un effet de dynamisation de

⁵³⁴ Pieter Jan KUIJPER observe ainsi que « [b]y giving direct effect to certain WTO provisions, the Court would be placing itself simultaneously in the negotiator's chair of the Commission and interfering with the legislative power composed of the Council and the Parliament », (« "It shall contribute ... the Strict Observance and Development of International Law" – The Role of the Court of justice », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 589-612 (604)). Traduction : « en conférant un effet direct à certaines règles OMC, la Cour se placerait dans le fauteuil de négociateur occupé par la Commission en même temps qu'elle interférerait avec le pouvoir législatif du Conseil et du Parlement ».

⁵³⁵ CJCE, 12 mars 2002, *The queen contre Transport and the Regions Secretary of State for the environment, ex parte Omega Air Ltd et Omega Air Ltd, Aero engines Ireland Ltd and Omega aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority*, C-27 et 122/00, Rec. p. I-2569.

⁵³⁶ CJCE, 12 mars 2002, *The queen contre Transport and the Regions Secretary of State for the environment, ex parte Omega Air Ltd et Omega Air Ltd, Aero engines Ireland Ltd and Omega aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority*, préc., pt. 89.

⁵³⁷ Comme en témoignent, parmi d'autres, l'expérience de la Convention européenne des droits de l'Homme, du Pacte international des droits civils et politiques et, si l'on se résout à le considérer comme du droit international, celle du droit de l'Union européenne ; V. Bérange TAXIL, « Les normes internationales », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T.1, op. cit., p. 451.

⁵³⁸ Enzo CANNIZZARO souligne ainsi que : « [s]ince judicial adjudication of disputes spells out the content of the substantive provisions and contributes to their clarity and precision, it could even be regarded as an element pleading in favour of direct effect », (« The neo-monism of the European Union legal order, in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 42). Traduction : « Dès lors que le règlement des différends détaille le contenu des prescriptions

l'invocabilité des accords OMC. Paolo Mengozzi soutient ainsi que l'analyse selon laquelle l'OMC constitue un ordre juridique juridictionnalisé doit être nuancée, tant son système de règlement des différends présente des « *caractéristiques flexibles* »⁵³⁹. Tout est alors mis en œuvre pour éviter « *une altération sensible des possibilités pour les institutions compétentes de la Communauté, de veiller à l'intérieur du cadre juridique du GATT, aux intérêts de la Communauté* »⁵⁴⁰.

191. Le seul fait que les parties à l'accord "Ciel ouvert" aient convenu de soumettre les litiges relatifs à son application à un tribunal arbitral⁵⁴¹ ou que l'accord CEE-Portugal soit doté d'un cadre institutionnel de règlement des différends⁵⁴² ne constitue pas un motif autonome d'exclusion de son invocabilité⁵⁴³. À la différence de l'ORD, ces instances internationales ne tranchent pas les litiges par le biais d'une procédure accordant une place importante aux négociations entre les parties, dans la recherche d'une solution mutuellement acceptable. Finalement, l'existence d'un cadre institutionnel de règlement des différends ne joue en défaveur de l'invocabilité d'un instrument que dans l'hypothèse où les litiges peuvent y être résolus par voie de négociation⁵⁴⁴. Marco Bronckers s'est toutefois inquiété d'un éventuel effet de contagion, au détriment de l'invocabilité des accords bilatéraux liant

substantielles et contribue à la clarification et à la précision des énoncés normatifs, il pourrait même être considéré comme un élément plaidant en faveur de l'effet direct ».

⁵³⁹ Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : union du droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., p. 880.

⁵⁴⁰ Claus Christian GULMANN, 8 juin 1994, conclusions sur CJCE, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, C-280/93, Rec. p. I-4973, pt. 131.

⁵⁴¹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 83.

⁵⁴² CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg Mainz contre C.A. Kupferberg*, préc., pt. 20 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 58.

⁵⁴³ Christine KADDOUS relève en ce sens que « *le seul fait que les parties contractantes ont créé un cadre institutionnel particulier pour les consultations et les négociations entre elles relatives à l'exécution de l'accord, ne suffit pas à exclure toute application juridictionnelle de l'accord. Le fait qu'une juridiction d'une des parties contractantes applique à un litige concret pendant devant elle une disposition de l'accord comportant une obligation inconditionnelle et précise et, partant, ne nécessitant aucune intervention préalable du Comité mixte, ne porte pas atteinte à la compétence que l'accord confère à ce Comité* », (Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit., p. 358). Piet EECKHOUT note également que « *the mere fact that the contracting parties had established a special institutional framework for consultations and negotiations inter se in relation to implementation of the agreement is not in itself sufficient to exclude all judicial application* », (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 336). Traduction : « le simple fait que les parties contractantes aient établi une structure institutionnelle pour les consultations et les négociations *inter se* relatives à l'exécution de l'accord n'était pas en soi suffisant pour exclure toute application judiciaire ».

⁵⁴⁴ Marco BRONCKERS, « Éditorial - La jurisprudence des juridictions communautaires relatives à l'OMC demande réparation : plaidoyer pour les droits des États membres », *Cah. dr. eur.*, 2001, pp. 3-14 (9).

l'Union⁵⁴⁵, en constatant la volonté des institutions de développer ce mode de règlement des différends pour sanctionner leur violation dans l'ordre international⁵⁴⁶. La Cour n'a toutefois pour l'instant pas renoncé à accorder à ces engagements le bénéfice de la jurisprudence *Kupferberg*⁵⁴⁷. Les accords OMC restent donc les seuls instruments conventionnels considérés comme étant fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels.

192. Le fondement de l'examen de la condition de réciprocité d'application – la préservation de la marge de manœuvre des institutions de l'Union – explique que la volonté du législateur puisse ponctuellement écarter l'inapplicabilité des accords OMC dans le cadre de la jurisprudence *Nakajima*⁵⁴⁸. Dans l'hypothèse où une institution de l'Union exprime son intention d'exécuter des règles OMC au moyen de la règle qu'il édicte⁵⁴⁹, ou lorsqu'il opère un renvoi explicite à une stipulation internationale⁵⁵⁰, une « *invocabilité-sanction* »⁵⁵¹ est conférée à l'accord international usuellement inapplicable. Autrement dit, la substance de l'acte contrôlé est analysée comme l'indice d'une renonciation des institutions à la préservation de sa marge de manœuvre dont elles bénéficient traditionnellement pour mettre en œuvre les règles OMC, de sorte que la légalité de cet acte peut être examinée à l'aune de l'obligation OMC qu'elle exécute.

ii) Critique du fondement choisi

193. La Cour de justice de l'Union attache une importance décisive à l'existence de mécanismes de règlement négocié des différends pour juger les accords OMC fondés sur « *une base de réciprocité et d'avantages mutuels* »⁵⁵². Lorsque la Cour de justice s'interroge

⁵⁴⁵ Marco BRONCKERS, « The relationship of the EC Courts with other International Tribunals: Non-committal, Respectful or Submissive? », *CML Rev.* 2007, pp. 601-627 (613 et 617) ; « From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », *JIEL*, 2008, pp. 885-898 (895).

⁵⁴⁶ Sont cités les accords bilatéraux liant l'Union à la Russie, l'ASEAN, ou encore le MERCOSUR.

⁵⁴⁷ CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg Mainz contre C.A. Kupferberg*, préc. Cette différence de traitement échoit selon Tomer BROUDE à la position de force dans laquelle se trouve l'Union lorsqu'elle négocie des accords bilatéraux, qui lui permet de leur conférer un contenu substantiel conforme à ses intérêts et, conséquemment, offrant un terrain plus favorable à l'invocabilité dans l'ordre interne, (« From Pax Mercatoria to Pax Europea: How Trade Dispute Procedures Serve the EC's Regional Hegemony », in Paul STEPHAN (dir.), *Economics of the European Union Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 319-336 (325).

⁵⁴⁸ CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc.

⁵⁴⁹ CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc.

⁵⁵⁰ CJCE, 22 juin 1989, *Federation de L'Industrie de L'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, préc.

⁵⁵¹ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 571.

⁵⁵² CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 42.

sur la question de savoir si « *ni la nature ni l'économie de la convention* »⁵⁵³ ne s'opposent à son invocabilité, le droit des justiciables de s'en prévaloir peut se trouver exclu lorsqu'existent des instances internationales de règlement négocié des différends. Pour reprendre le langage de Herbert Hart, cette démarche tend à prendre en considération les règles secondaires d'un traité pour se prononcer sur l'invocabilité de ses règles primaires⁵⁵⁴.

194. La prise en considération de l'existence d'un système juridictionnel international de règlement négocié des différends pour soumettre l'invocabilité d'un accord international à son application réciproque suscite une réelle perplexité. Les efforts des parties à un traité international pour promouvoir les mécanismes internationaux de règlement des différends, en vue de dynamiser leur effectivité dans l'ordre international, ne devraient pas être interprétés comme une invitation à examiner la réciprocité d'application de l'accord. Ce point de vue est soutenu par Jan Klabbbers lorsqu'il soutient que « *[t]he mere circumstance that a precise and unconditional provision is laid down in a convention that does not provide for much enforcement, or provide for enforcement partly by diplomatic rather than juridical methods, cannot lead to the conclusion that the provision itself is unenforceable. Doing so is to confuse substance and process, and amounts to depriving citizens of the Union, potentially, of rights that accrue them* »⁵⁵⁵. L'auteur critique ainsi le traitement indifférencié des aspects substantiels et procéduraux d'un traité lors de l'appréciation de son invocabilité-sanction.

195. Cette confusion conduit la Cour de justice à priver d'invocabilité certaines stipulations porteuses de droits substantiels précis et inconditionnels, en raison des caractéristiques des règles processuelles définissant les conditions de la sanction de leur violation dans l'ordre international⁵⁵⁶. Marco Bronckers critiquait cette orientation de la jurisprudence de la

⁵⁵³ CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport*, préc., pt. 39.

⁵⁵⁴ Herbert L.A. HART expliquait que les règles secondaires sont relatives aux règles primaires, et précisent comment « *en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre* », (*Le concept de droit*, Bruxelles, Publications universitaires de Saint-Louis, trad. Michel VAN DE KERCHOVE, 2^{ème} éd., 2005, pp. 99-110) ; V. également Norberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de Théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 159-173.

⁵⁵⁵ Jan KLABBERS, *The European Union in international law*, op. cit., p. 77. Traduction : « La circonstance qu'une stipulation précise et inconditionnelle soit codifiée dans une convention qui ne prévoit pas de mécanisme de règlement des différends, ou un mécanisme de règlement davantage diplomatique que juridictionnel, ne peut conduire à la conclusion qu'elle n'est pas justiciable. Faire de la sorte revient à confondre l'aspect substantiel et l'aspect procédural, et conduit potentiellement à priver les citoyens de l'Union de droits dont ils sont pourtant titulaires ».

⁵⁵⁶ Dans son commentaire de l'affaire *Allemagne contre Conseil*, le juge Ulrich EVERLING reprenait les arguments de droit formel s'opposant à la jurisprudence pragmatique de la Cour relative aux accords GATT et OMC : « *the GATT is not a caricature of an international agreement, but is obligatory on the Community and the member States. It must be taken seriously by the institutions and the Court. If the dispositions of GATT are*

juridiction de l'Union en soulignant qu'« *il est de manière générale de mauvaise augure pour le développement du droit international et de la gouvernance d'un monde en voie de globalisation qu'une autorité judiciaire de premier plan comme la Cour de justice interprète de manière erronée les tentatives sérieuses de l'OMC pour renforcer un système de diplomatie fondée sur des règles* »⁵⁵⁷. En outre, les « *solutions négociées* » auxquelles la Cour fait référence pour exclure l'invocabilité des règles OMC, consistent – aux termes de l'article 22 § 2 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends – dans la possibilité pour les parties au litige de convenir d'une « *compensation mutuellement acceptable* ». Au regard de l'article 22 § 1, qui stipule que « *ni la compensation, ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les mesures visés* », il apparaît clairement que l'analyse du système de règlement des différends de l'OMC retenue par la Cour n'est pas des plus fidèles à son esprit, car la possibilité de mesures de compensation n'est présentée que comme une alternative temporaire précédant la mise en conformité du droit interne aux recommandations de l'ORD⁵⁵⁸. En effet, comme le souligne

*part of the Community's legal order, acts infringing these dispositions are illegal. [...] With all due respect it must be said that the Member States are confronted with a situation similar to that often called "déni de justice" ». Traduction : « Le GATT n'est pas une caricature d'accord international, il est bien obligatoire à l'égard des Communautés et des États membres. Cela doit être pris au sérieux par les institutions et la Cour. Si les dispositions du GATT font partie de l'ordre juridique communautaire, les actes les méconnaissant sont illégaux. [...] Avec toutes les précautions requises, force est d'admettre que les États membres sont confrontés à une situation similaire à ce qui est souvent désigné comme un déni de justice », (« Will Europe slip on Bananas? The bananas judgement of the Court of justice and national Courts », préc., p. 423) ; cette position est corroborée par de nombreux membres de la doctrine comme Geert ZONNEKEYN qui soutient que « *the European court of justice is doing injustice to the WTO system, as it undermines the relevance of the WTO Agreements as restraints on the conduct of the EC institutions* », (« The status of WTO law on the EC legal order : the final curtain? », *JWT*, 2000, pp. 111-125 (125)), traduction: « *La Cour de Justice commet une injustice à l'encontre du système OMC, en ébranlant la pertinence des accords OMC comme instrument de contrainte sur le comportement des institutions communautaires* » ; Mickaël HAHN ET Gunnar SCHUSTER soulignent dans une même perspective qu'« *[e]n introduisant un recours contre des actes juridiques à portée générale, les États membres exercent d'après l'article 173 § 2 du Traité CE [actuel article 263 § 2 TFUE], un intérêt objectif en veillant à ce que le Traité ne devienne pas dénué de sens par la création de droit communautaire dérivé contraire au Traité de Rome. Relativement aux Traités de droit international public, l'article 228 § 7 du Traité CE [actuel article 216 § 2 TFUE] décide expressément de l'engagement juridique de la Communauté. Toute limitation du droit de recours des États membres affaiblit ce lien juridique et concentre la mise en œuvre du droit communautaire entre les seuls mains des institutions de la Communauté* », (« Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté - L'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne », préc., p. 372).*

⁵⁵⁷ Marco BRONCKERS, « Éditorial - La jurisprudence des juridictions communautaires relatives à l'OMC demande réparation : plaidoyer pour les droits des États membres », préc., p. 7.

⁵⁵⁸ Enzo CANNIZZARO relève à cet égard que « *it seems improper to construe article 22 of the Dispute Settlement Understanding as a rule which attenuate the binding effect of the decisions of the Dispute Settlement Body. Rather Article 22 seems to be aimed at giving an additional guarantee to the party injured by a breach in those cases in which the wrongdoer does not respect the obligation to give full effect to a DSB decision [...]. This conclusion is quite unconvincing, as it mistakes the legally binding effect of international decisions with the*

Piet Eeckhout, « [t]here is in fact no option for non-compliance under WTO law. Retaliation and compensation are mere temporary alternatives to full compliance, and the latter is absolutely mandated by the DSU »⁵⁵⁹. Autrement dit, la Cour de justice inverse les prescriptions en érigeant une procédure d'exception – la compensation négociée – en principe cardinal du contentieux de l'OMC⁵⁶⁰.

196. Malgré les critiques récurrentes à l'égard de cette jurisprudence qui éloigne les perspectives de sanction des violations des règles OMC, la Cour de justice a maintenu sa position réaliste à l'égard de ce droit. Elle a donc fait sienne la proposition de John H. Jackson selon laquelle l'ordre juridique de l'OMC serait situé à mi-chemin entre le droit et la diplomatie, de sorte que son fonctionnement serait davantage régi par les rapports de force que par la règle de droit⁵⁶¹. La protection juridictionnelle des droits conventionnels des individus reste donc secondaire, dans la mesure où les parties au traité ont entendu sanctionner leurs méconnaissances par voie de négociation diplomatique.

197. L'arrêt *Van Parys*⁵⁶² apporte les clarifications nécessaires à la compréhension des motifs du rejet de l'invocabilité des accords OMC dans le contrôle de la légalité des actes communautaires. La Cour de justice devait à son occasion connaître de la conformité aux règles OMC du règlement communautaire portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane. La spécificité de l'espèce tenait en l'extinction du délai raisonnable

factual difficulty to enforce it », (« The neo-monism of the European Union legal order », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 45). Traduction : « il semble inapproprié d'interpréter l'article 22 du memorandum d'accord sur le règlement des différends comme étant une règle susceptible d'atténuer l'effet contraignant des décisions de l'Organe de Règlement des différends. L'article 22 semble plutôt être destiné à offrir une garantie supplémentaire à la partie lésée dans les affaires dans lesquelles l'auteur d'un fait internationalement illicite ne respecte pas son obligation de donner plein effet à une décision de l'ORD [...]. Cette conclusion n'est pas tout à fait convaincante, car elle soustrait fautivement l'effet juridiquement obligatoire de décisions internationales en vertu de la difficulté factuelle que suscite leur mise en application ».

⁵⁵⁹ Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 380. Traduction : « il n'y a en fait aucune possibilité de ne pas se conformer au droit de l'OMC. Les représailles et les compensations ne sont que des alternatives provisoires à la mise en conformité [de son droit interne], et cette dernière est absolument exigée par l'ORD ».

⁵⁶⁰ En ce sens, David LUFF, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 916 ; *contra* Jean MATRINGE, *Le droit international des échanges entre unité et pluralité*, Paris, Pedone, 2009, p. 34.

⁵⁶¹ John H. JACKSON fait ainsi la distinction entre les « *power-oriented and rule-oriented systems* », (John H. JACKSON, *The World trading system: Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MIT Press, 3^{ème} éd., 1997, p. 109). Certains auteurs ont développé dans le monde anglo-saxon une théorie du rapport à la règle OMC basée sur le concept d'« *efficient breach* » (violation efficiente). Il est alors soutenu que dans de nombreuses situations, la violation de la règle OMC est plus efficiente – c'est-à-dire, plus économiquement rentable – que son bon respect. v. Warren F. SCHWARTZ, Allan O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the WTO/GATT System », *J. Legal Stud.*, 2002, pp. 179-204.

⁵⁶² CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc.

d'exécution de la décision ORD⁵⁶³ qui avait conclu à une méconnaissance des règles OMC par les institutions de l'Union européenne.

198. La pertinence de la référence à la préservation de la marge de manœuvre des Institutions de l'Union – traditionnellement opérée pour écarter l'invocabilité des règles OMC – prêtait à débat en l'espèce, dès lors que le temps des négociations avait atteint son terme. Reprenant l'argumentaire développé par l'avocat général Alber à l'occasion de l'affaire *Biret International*⁵⁶⁴, l'avocat général Tizzano soutenait à ce propos « *que dans une communauté de droit les décisions de l'ORD ne peuvent pas ne pas constituer un paramètre de la légalité des dispositions communautaires et que, par conséquent, la Cour ne devrait pas, au nom de motivations dont la validité juridique est douteuse, donner son aval à cette atteinte évidente aux raisons de la légalité qu'entraînerait une solution inverse* »⁵⁶⁵. Autrement dit, le délai d'exécution de la décision ORD étant épuisé, le temps des négociations entre les parties au litige était, selon l'avocat général, parvenu à son terme. De sorte que la règle OMC prétendument violée devrait pouvoir être valablement invoquée par le requérant pour contester la légalité de l'acte communautaire en cause devant la Cour de justice, qui serait ensuite tenue de prendre en considération la décision de l'ORD pour déterminer le sens de son jugement. La juridiction de l'Union n'a cependant pas suivi les conclusions de son avocat général en décidant que « *l'expiration de ce délai [d'exécution de la décision ORD] n'implique pas que la Communauté ait épuisé les possibilités prévues par le mémorandum d'accord pour trouver une solution au différend qui l'oppose à d'autres parties. Dans ces conditions imposer au juge communautaire, du seul fait de l'expiration de ce délai, de contrôler la légalité des mesures communautaires concernées au regard des règles OMC, pourrait avoir pour effet de fragiliser la position de la Communauté dans la recherche d'une solution mutuellement acceptable au différend* »⁵⁶⁶.

199. Cette solution, qui satisfaisait les *desiderata* des institutions de l'Union, n'en apparaissait pas moins juridiquement fragile. L'une de ses principales faiblesses résidait en l'importance excessive qu'elle accorde au comportement factuel de l'Union et des États

⁵⁶³ Le délai raisonnable est fixé à 15 mois par l'article 21- 4) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends OMC.

⁵⁶⁴ Samuel ALBER, 15 mai 2003, conclusions sur CJCE, *Biret international SA & Establishment Biret SA contre Conseil*, C-93 et 94/02, *Rec. p. I-497*.

⁵⁶⁵ Antonio TIZZANO, 18 novembre 2004, conclusions sur CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, C-377/02, *Rec. p. I-1468*, pt. 73.

⁵⁶⁶ CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc., pt. 51.

parties à l'OMC. Il n'est en effet pas interdit de penser que si les États Unis et l'Equateur s'étaient montrés moins conciliants en 2001, en se refusant à toute négociation et en exigeant sans compromis la mise en conformité immédiate du droit de l'Union – sous peine de contre-mesures –, la Cour de justice aurait jugé une solution négociée inenvisageable et par voie de conséquence, examiné la conformité de l'acte communautaire au droit de l'OMC. Par conséquent, une telle position des juges de l'Union a cela de nocive qu'elle pourrait inciter les victimes des violations communautaires du droit de l'OMC à adopter des positions intransigeantes, qui fermerait la porte à toute négociation et obligerait la Cour à mettre son ordre juridique en conformité avec les règles commerciales internationales⁵⁶⁷. Cette solution est paradoxale car, bien que motivée par la volonté de préserver la marge de manœuvre des autorités politiques de la Communauté, elle invite les autres parties contractantes à l'OMC à éliminer cette marge de manœuvre – en adoptant des positions inflexibles – afin de créer un terrain favorable à l'invalidation de l'acte de droit dérivé adopté en violation des règles OMC. La jurisprudence *Van Parys*⁵⁶⁸ a pourtant été confirmée par la Cour de justice qui a refusé lors de l'arrêt *FIAMM* l'invocabilité d'une décision définitive adoptée par l'ORD. La juridiction de l'Union a en effet jugé que « *les décisions de l'ORD ne sauraient en principe, et quelle que soit la portée juridique qui s'y attache, être fondamentalement distinguées des règles matérielles traduisant les obligations contractées par un membre dans le cadre de l'OMC* »⁵⁶⁹.

200. Cette prise en considération de la possibilité de négocier dans l'ordre international la solution à apporter à un litige pour écarter l'invocabilité des règles OMC appuie – dans le domaine commercial – la formule de Ernst-Ulrich Petersmann selon laquelle « *the external relations of the EC continue to be dominated by power-oriented rather than rights-based paradigms* »⁵⁷⁰. Ces rapports de force qui gouvernent le fonctionnement des règles OMC

⁵⁶⁷ V. en ce sens, RASS HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, op. cit., p. 287.

⁵⁶⁸ CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc.

⁵⁶⁹ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 128 ; CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, C-319/10, Rec. p. I-167, pt. 37. Piet EECKHOUT analyse l'arrêt *FIAMM* comme un nouveau refus de la Cour de justice de reconnaître aux décisions ORD la nature qui est la leur, celle d'une décision contraignante pour les parties contractantes condamnées, (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 336).

⁵⁷⁰ Ernst-Ulrich PETERSMANN, « Constitutionnalism and international organizations », *N.W.J. Int'L. L. & Bus.*, 1997, pp. 398-469 (399). Traduction : « Le paradigme sur lequel sont fondées les relations extérieures des

justifient que leur soit retirée toute force invalidante dans l'ordre interne, à défaut d'application réciproque de celles-ci. Il convient maintenant de déterminer les éléments sur lesquels s'appuie la Cour pour conclure au défaut d'application juridictionnelle réciproque.

b) *Le défaut de réciprocité d'application juridictionnelle*

201. La Cour de justice accorde une importance toute particulière à la reconnaissance de l'effet direct au bénéfice des accords OMC par les tribunaux nationaux des principaux partenaires commerciaux de l'Union pour examiner leur application réciproque. C'est ce que Frédérique Berrod qualifiait de « *réciprocité juridictionnelle ou procédurale* », par opposition à la « *réciprocité substantielle ou matérielle* » d'application⁵⁷¹.

202. On a démontré que la Cour a le souci de réserver aux institutions politiques de l'Union une marge de manœuvre équivalente à celle de ses principaux partenaires commerciaux, sans laquelle elles endosseraient un lourd handicap dans la conduite des négociations menées dans l'ordre international. À cet égard, le refus opposé par les juridictions des États-Unis à l'invocabilité des accords OMC⁵⁷² revêt une importance considérable dans la prise de position

Communautés européennes continue d'être davantage centré sur l'exercice du pouvoir que sur la protection des droits ».

⁵⁷¹ Frédérique BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation », préc., p. 430 ; Panos KOUTRAKOS désigne, quant à lui, cette intégration de la jurisprudence des cocontractants dans l'appréciation de la réciprocité d'application sous le vocable de « *judicial reciprocity* », (*EU International Relations Law, op. cit.*, p. 225) ; V. également, Piet EECKHOUT, « The International Legal Order : black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos* », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, pp. 169-179 (176).

⁵⁷² L'*Uruguay Round Agreements Act*, par lequel le Congrès américain a introduit les aménagements de l'ordre juridique interne nécessaires à l'introduction des nouvelles obligations contractées au terme des accords OMC, dispose en effet en son article 102 (c) que « *No person other than the United States (A) shall have any cause of action or defense under any of the [WTO] Agreements... or (B) may challenge, in any action brought under any provision of law, any action or inaction by any department, agency, or other instrumentality of the United States...* », (URAA, 8 décembre 1994, Pub. L. 103-465, 108 Stat. 4809). Traduction : « Nulle autre personne que les États-Unis (A) ne doit pas pouvoir intenter une action ou fonder sa défense sur l'un des accords [OMC] ... ou (B) pouvoir contester, une quelconque action ou inaction du gouvernement fédéral, d'une agence ou de n'importe quelle autorité publique des États-Unis ». Les institutions de l'Union ont adopté une position équivalente dans la décision du 22 décembre 1994 relative à la conclusion de l'accord OMC au terme de laquelle : « *l'accord instituant l'OMC y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et celles des États membres* » (Décision du Conseil du 23 décembre 1994 relative à la conclusion de l'accord OMC, préc.).

de la Cour de justice⁵⁷³. La jurisprudence *Portugal contre Conseil* témoigne de ce souci de préserver l'équilibre de la situation des parties :

203. « L'absence de réciprocité [d'admission de l'effet direct], de la part des partenaires commerciaux de la Communauté, par rapport aux accords OMC qui sont fondés sur "le principe de réciprocité des avantages mutuels" et qui, de ce fait, se distinguent des [autres] accords conclus par la Communauté [...], risque d'aboutir à un déséquilibre dans l'application des règles OMC. En effet, admettre que la tâche d'assurer la conformité du droit communautaire avec ces règles incombe directement au juge communautaire reviendrait à priver les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent les organes similaires des partenaires commerciaux de la Communauté »⁵⁷⁴.

204. Au-delà de la simple atteinte à l'équilibre de la marge de manœuvre des autorités normatives des parties contractantes, l'avocat général Giuseppe Tesauro défendait en ses conclusions sur l'affaire *Hermès* l'idée selon laquelle « les opérateurs communautaires seraient pénalisés par rapport à leurs concurrents étrangers »⁵⁷⁵ dans l'hypothèse où serait consacré l'effet direct des accords OMC. En effet, une telle justiciabilité impliquerait une inégalité entre, d'un côté, la situation des opérateurs économiques des États partenaires qui pourraient se prévaloir de la violation des règles OMC devant la Cour et les juridictions des États membres et, de l'autre côté, celle des opérateurs de l'Union qui ne pourraient pas réclamer leur application devant les tribunaux étrangers. Une mise en perspective de l'arrêt *Portugal contre Conseil*⁵⁷⁶ et de l'arrêt *Kupferberg*⁵⁷⁷ met en évidence l'importance de la sauvegarde de la situation concurrentielle de l'Union dans le choix opéré par la Cour de récuser l'invocabilité des accords OMC. Appelée à se prononcer sur l'invocabilité de l'accord d'association CEE-Portugal, la Cour estimait ainsi dans l'arrêt *Kupferberg* que « la circonstance que les juridictions de l'une des parties estimerait que certaines des stipulations de l'accord sont d'applicabilité directe, alors que les juridictions de l'autre

⁵⁷³ Enzo CANNIZZARO, « Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario : il contributo della sentenza *Intertanko* », préc., p. 647.

⁵⁷⁴ CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pts. 45-46 ; V. dans le même sens, Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 42.

⁵⁷⁵ Giuseppe TESAURO, 13 novembre 1997, conclusions sur CJCE, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, préc., pt. 31.

⁵⁷⁶ CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, préc.

⁵⁷⁷ CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg Mainz contre C.A. Kupferberg*, préc.

partie n'admettraient pas cette applicabilité directe, n'est pas, en elle-même et à elle seule, de nature à constituer une absence de réciprocité dans la mise en œuvre de l'accord »⁵⁷⁸. Panos Koutrakos expliquait les causes de l'indifférence de la Cour au défaut de réciprocité juridictionnelle lorsqu'une règle conventionnelle ne relevant pas du droit de l'OMC est en question : « *what is significant is that obligations contained in the agreement are fulfilled, in accordance with the general rules of international law, bona fide: whilst under a duty to comply fully with their contractual obligations, the parties are free, in the absence of express provision in the agreement, to determine how to do so* »⁵⁷⁹. Cantonner aux accords OMC le champ d'application matériel de la condition de réciprocité d'application juridictionnelle était une nécessité pour que l'Union puisse s'affirmer comme un système juridique œuvrant pour « *le développement et le respect du droit international* »⁵⁸⁰. La généralisation de l'usage de cette condition aurait en effet permis d'écartier l'invocabilité-sanction de la majorité des accords internationaux, dans la mesure où il est rare que toutes les parties s'accordent à conférer l'invocabilité à une norme conventionnelle⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg Mainz contre C.A. Kupferberg*, préc., pt. 18. Ce faisant, la Cour rejetait l'argumentaire développé par la Commission à l'occasion de l'affaire *Polydor*. La Commission considérait alors que l'invocabilité de l'accord d'association CEE-Portugal devait être soumise à réciprocité d'application, dès lors qu'« *en ce qui concerne la nécessité de maintenir entre les avantages et les désavantages des parties à un accord, cet équilibre serait substantiellement différent selon que les particuliers peuvent faire valoir un accord international au sein de la Communauté, alors qu'ils ne pourraient pas le faire dans les autres États contractants. En effet, on pourrait arriver à une étape telle que des États tiers pourraient obtenir tous les droits de l'adhésion sans, pour autant, devoir subir les obligations correspondantes* » : CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. contre Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, 270/80, Rec. p. 329.

⁵⁷⁹ Panos KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, op. cit., p. 225 ; V. également, Mario MENDEZ, « The enforcement of EU agreements : bolstering the effectiveness of Treaty Law? », *CML Rev.*, 2010, pp. 1719-1756 (1724). Traduction : « L'important est que les obligations portées par l'accord soient satisfaites, conformément aux règles générales du droit international, *bona fide* : même soumis à une obligation de se conformer pleinement à leurs obligations conventionnelles, les parties sont libres, en l'absence d'une disposition expresse dans l'accord, de déterminer les moyens pour parvenir à cette fin ».

⁵⁸⁰ Article 3, paragraphe 5 du Traité sur l'Union européenne.

⁵⁸¹ Piet EECKHOUT a expliqué de quelle manière la généralisation du critère de réciprocité juridictionnelle menait à une impasse : « *this approach leads to a dead end. Short of a universal consensus that international law must be directly applicable in municipal law, it will be always the case, in particular as regards multilateral agreements, that not all parties accept direct effect. This is clearly not an approach which puts the EU in the vanguard of the struggle to enforce international rule of law* », (« The International Legal Order : black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos* », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, op. cit., p. 177). Traduction : « cette approche conduit à une impasse. À moins qu'un consensus universel n'émerge en faveur de l'applicabilité directe du droit international dans les ordres internes, il est incontournable, surtout pour ce qui concerne les accords multilatéraux, que l'effet direct ne soit pas accepté par toutes les parties. Ce n'est clairement pas une approche qui positionne l'Union européenne à l'avant-garde de la lutte en faveur de la promotion des effets de la règle de droit international ».

205. Outre ces considérations relatives à la situation concurrentielle des agents économiques de l'Union, la jurisprudence de la Cour relative aux accords OMC permet, ainsi que le note Paolo Mengozzi, de conférer une immunité aux « *choix politiques de vaste portée, tels celui de conférer une attention particulière au principe de précaution [...] et celui de prolonger le plus possible la pratique d'une politique favorable aux pays en voie de développement* ». En d'autres termes, conférer une l'invocabilité-sanction à ces accords « *aurait pesé lourdement sur les valeurs ressenties dans la société européenne comme contribuant de façon remarquable à en déterminer l'identité* »⁵⁸². Le défaut d'invocabilité apparaît donc nécessaire à la préservation de la situation concurrentielle de l'Union comme à la préservation de certaines de ses valeurs.

206. Il est néanmoins regrettable que, dans l'arrêt *FIAMM*⁵⁸³, la Cour ait fondé le défaut d'invocabilité des accords OMC sur leur « *flexibilité* », plutôt que de rester sur le terrain, plus convaincant, de leur défaut de réciprocité d'application juridictionnelle⁵⁸⁴. On trouve ici une réminiscence dommageable de la jurisprudence *International Fruit* faisant fi des changements structurels qui ont procédé de la juridictionnalisation du système de l'OMC opérée lors de l'Uruguay Round⁵⁸⁵.

⁵⁸² Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits - Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., pp. 879-890.

⁵⁸³ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 130.

⁵⁸⁴ Enzo Cannizzaro analyse quant à lui la flexibilité comme la manifestation d'une analyse dynamique de la réciprocité d'application, appréhendée comme instrument de modulation des obligations respectives aux accords OMC : « *in such a system, reciprocity ceases to be regarded statically, as a mechanism of compliance. It rather seems to constitute part of the legal commitments entered into; the precise content fo those commitments is determined dynamically on the basis of a continuous mutual adjustment between the position of the parties* », (« The neo-monism of the European Union legal order, in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 42). Traduction : « dans un tel système, la réciprocité cesse d'être considérée de façon statique, en tant que mécanisme de conformité du droit interne. Elle semble plutôt faire partie intégrante des engagements juridiques souscrits ; le contenu précis de ces engagements est déterminé de façon dynamique en prenant en considération l'ajustement continu des relations mutuelles entretenues par les parties ».

⁵⁸⁵ Piet EECKHOUT observe en ce sens que « *the recent case law returned to the International Fruit Company line of characterizing the GATT and the WTO as a perennial forum for negotiations, and as instruments of international law which are too flexible to be regarded as having direct effect – as if the transition from GATT to the WTO, with the Copernican revolution of the dispute-settlement system, never happened* », (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 377). Traduction : « la jurisprudence récente penche en faveur de la ligne de raisonnement de la jurisprudence *International Fruit Company*, qui caractérise le GATT et l'OMC en tant que forums permanents pour les négociations, qui sont en tant que tels des instruments de droit international d'une trop grande souplesse pour être considérés comme ayant un effet direct – comme si le passage du GATT à l'OMC, et la révolution copernicienne générée par la création du système de règlement des différends, ne s'était jamais passée ».

207. Le Conseil d'État s'est approprié la jurisprudence de la Cour de justice, en déniant l'invocabilité des accords GATT. Il a ainsi jugé qu'« *il ressort clairement de l'arrangement concernant le commerce international des textiles conclus par la décision n°74/214/C.E.E. du Conseil en date du 21 mars 1974, compte tenu de la nature de ses dispositions et notamment des possibilités de dérogations qu'il comporte, que cet arrangement ne donne pas au justiciable d'un État membre le droit de s'en prévaloir en justice...* »⁵⁸⁶. De la même manière, la très haute juridiction administrative a écarté les moyens tirés de la violation de l'accord sur les marchés publics par une directive communautaire⁵⁸⁷, et de la violation de l'accord OMC par une délibération de l'assemblée territoriale de la Polynésie française portant aménagement du régime fiscal des véhicules automobiles importés destinés aux entrepreneurs de taxis⁵⁸⁸, en déniant l'invocabilité de ces accords. Bien que la condition de réciprocité d'application ne soit pas explicitement visée dans les motifs de ces arrêts, il est certain que celle-ci a exercé une influence décisive sur la solution retenue par le Conseil d'État. La compétence exclusive de la Cour pour apprécier l'invocabilité des accords purement communautaires impose en effet aux juridictions des États membres d'aligner leur jurisprudence sur les solutions dégagées par la juridiction de Luxembourg en la matière.

2) Trouble dans la notion de la nature et de l'économie de l'accord international

208. La réciprocité d'application de l'accord international ne constitue pas un critère de l'effet direct des accords internationaux, mais conditionne leur invocabilité-sanction. Détachée de la recherche de l'aptitude d'une disposition conventionnelle à produire un droit subjectif, cette conditionnalité est davantage liée à l'équilibre de la situation des parties à un traité. Tim Corthaut et Koen Lenaerts soutiennent en ce sens que « *[t]he problem is not that*

⁵⁸⁶ CE, 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, *Leb.* p. 373 ; les conclusions du commissaire du gouvernement Jean MASSOT invitaient en effet le Conseil d'État à aligner sa jurisprudence sur la solution *International Fruit* : « *dans sa décision internationale fruit de 1972, la Cour se réfère à l'esprit, à l'économie et aux termes de l'accord invoqué. Lorsqu'il s'agit d'un code de bonne conduite, de déclarations d'intentions sur des objectifs à atteindre, la Cour décide que l'accord invoqué n'est pas de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice* », (conclusions sur CE 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, *R.T.D. eur.* 1979, pp.730-740).

⁵⁸⁷ CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EDF-BTP*, n°s297711, 297870, 297829, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171 et 301238, *Leb.* p. 298 ; en l'occurrence il est fait référence à la jurisprudence *Van parys* : CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc.

⁵⁸⁸ CE, 30 mai 2007, *Hoffer*, n°251144, *Tables Leb.*, p. 660, 1033 et 1049.

the provisions are not intended to confer rights on individuals; it rather is that the Community as well as its major trade partners have indicated that they wanted to remain at liberty to negotiate a political solution for violations of the norms of WTO law »⁵⁸⁹. Il est dès lors possible d'analyser les avatars de la jurisprudence *Portugal contre Conseil*⁵⁹⁰ comme un palliatif à l'absence de constitutionnalisation de la condition de réciprocité dans l'ordre juridique de l'Union. Les modalités d'insertion prétorienne de la condition de réciprocité dans la théorie de l'invocabilité des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union n'est toutefois pas sans poser de problème.

209. La première difficulté provient de l'inclusion de la condition de réciprocité dans l'examen de « *la nature et l'économie* » du traité, alors qu'elle était traditionnellement supposée déterminer l'aptitude de l'accord à produire un effet direct⁵⁹¹. De sorte que la notion de « la nature et l'économie de l'accord » est devenue ambivalente, se rapportant à la fois à la condition de réciprocité et à l'aptitude de l'accord à porter des droits subjectifs. Cela a conduit la Cour de justice à écarter, du moins lorsque la juridiction de renvoi ne l'y invite pas⁵⁹², la référence à l'« *effet direct des accords internationaux* », pour désormais se référer au « *droit de s'en prévaloir en justice* »⁵⁹³. La Cour de justice a ainsi souvent renoncé à l'emploi de la notion d'effet direct alors même que celle-ci conserve pleine valeur explicative lorsqu'est recherchée l'invocabilité des instruments conventionnels ne relevant pas du droit de l'OMC, cas dans lesquels la réciprocité d'application de l'accord international n'est pas étudiée. En l'occurrence, c'est l'absence de constitutionnalisation de la condition de réciprocité qui a semé le trouble. Elle a conduit certains auteurs influents à soutenir qu'il n'existe plus de réelle théorie de l'effet direct des accords internationaux conclus par l'Union européenne. Ainsi, l'avocat général Poiares Maduro invitait la Cour, dans ses conclusions sur l'arrêt *FIAMM*, à

⁵⁸⁹ Tim CORTHAUT, Koen LENAERTS, « Of birds and hedges: The role of primacy invoking norms of EU law », *E.L. Rev.*, 2006, pp. 287-315 (299). Traduction : « le problème n'est pas que les stipulations n'ont pas vocation à créer des droits au profit des individus ; mais plutôt que la Communauté ainsi que ses principaux partenaires commerciaux ont manifesté leur volonté de conserver la liberté de négocier une solution politique aux violations des normes de l'OMC ».

⁵⁹⁰ CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, préc.

⁵⁹¹ Pour une étude du critère de l'aptitude de la règle conventionnelle à produire un droit subjectif, examiné au regard de « la nature et de l'économie » de l'accord dont elle relève, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2, A, 1).

⁵⁹² Dans l'affaire *Lesoochranárske*, la juridiction slovène de renvoi invite en effet la Cour à examiner l'effet direct de la Convention d'Aarhus : CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zokupenie VLK*, préc.

⁵⁹³ Ainsi ne voit-on pas apparaître de référence à la notion d'effet direct dans l'affaire *Air transport of America* alors même qu'une grande partie de l'arrêt est relative à sa recherche. Il s'agit là, selon nous, d'un excès de prudence de la Cour, dès lors que les références aux droits subjectifs des requérants étaient explicites, et que la réciprocité d'application des accords n'était pas examinée : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc.

« ne plus parler que de l'invocabilité des accords internationaux »⁵⁹⁴. Si la proposition est fondée concernant les règles OMC, la question de leur effet direct n'étant pas examinée pour écarter leur invocabilité, il n'en va pas de même pour les autres instruments composant le droit conventionnel de l'Union dont les conditions de justiciabilité restent ancrées dans la théorie de l'effet direct. Deux conditionnalités coexistent et régulent distinctement l'invocabilité du droit conventionnel : la réciprocité d'application subordonne l'invocabilité des règles OMC, tandis que l'effet direct détermine l'invocabilité des autres instruments conventionnels⁵⁹⁵. La distinction de ces deux conditions d'invocabilité du droit conventionnel clarifierait les justifications du défaut d'invocabilité des accords OMC par les requérants étatiques. Si les règles OMC ne sont dans cette hypothèse pas invocables, ce n'est aucunement en raison de leur défaut d'effet direct, comme c'est habituellement le cas pour les autres sources du droit conventionnel, mais en raison de son inapplicabilité. L'enjeu pratique de cette distinction est de justifier le refus de l'invocabilité des accords OMC par les requérants privilégiés. Celle-ci ne peut en effet leur être opposée sur le terrain du défaut d'effet direct, dans la mesure où l'invocabilité d'un traité par un État n'est soumise à son aptitude à créer un droit subjectif⁵⁹⁶. Ce refus est en revanche justifié si la Cour précise que l'accord n'est pas un paramètre de la légalité de l'Union européenne, en raison de son défaut d'application réciproque.

210. Le Conseil d'État s'étant approprié la notion de "la nature et de l'économie du traité" dans son arrêt *GISTI et FAPIL*⁵⁹⁷, il lui appartiendra à l'avenir de spécifier si cette importation visait à initier un affinement de la condition de réciprocité de l'article 55 de la Constitution en réduisant son champ d'application matériel⁵⁹⁸ ; ou bien seulement à s'inspirer des méthodes

⁵⁹⁴ Luis Miguel Poiaras MADURO, 20 février 2008, conclusions sur CJCE, *FIAMM*, C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec. p.* 6513, pt. 31.

⁵⁹⁵ Jean-Victor LOUIS, « L'insertion des accords internationaux dans l'ordre juridique de la Communauté et des États membres », in Marianne DONY, Jean-Victor LOUIS, (dir.), *Le droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne. Commentaire Mégret. Tome 12 : Relations extérieures, op. cit.*, pp. 113-140 ; Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, op. cit.*, pp. 879-890 ; V. *contra*, Joël RIDEAU, « Accords internationaux », préc.

⁵⁹⁶ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc. Pour une étude approfondie de l'invocabilité du droit conventionnel par les États devant le juge de la légalité des actes de l'Union, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 1).

⁵⁹⁷ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁵⁹⁸ En plus des traités humanitaires et de protection des droits fondamentaux, les conventions fondées sur une certaine « asymétrie des obligations » – *de facto*, tous les accords non conclus sous l'égide de l'OMC – seraient de cette manière désormais exclues de la condition de réciprocité, en considération de la jurisprudence *Portugal contre Conseil* : CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 42.

d'interprétation employées par la Cour de justice pour identifier l'aptitude des accords internationaux à produire un effet direct⁵⁹⁹. La jurisprudence actuelle du Conseil d'État est en effet porteuse de confusion car la très haute juridiction administrative a affirmé, dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*, qu'« 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 »⁶⁰⁰. Appelée à se prononcer sur l'invocabilité d'une règle OMC, le Conseil d'État déduira de l'examen de l'économie générale de l'accord que ce dernier est fondé sur un principe de réciprocité et d'avantages mutuels, avant de dénier son invocabilité. Elle sortira alors inmanquablement du terrain de la théorie de l'effet direct pour se placer sur le terrain de la réciprocité d'application. De sorte qu'elle devra préciser que la non-invocabilité de cette règle conventionnelle ne procède pas de son défaut d'effet direct. Il est vrai que les enjeux pratiques de cette distinction restent plus limités en contentieux administratif français, tant les saisines du Conseil d'État par des requérants étatiques sont exceptionnelles. Mais de tels recours ont été formés dans le passé. Le Conseil d'État a ainsi reconnu en 1993 au Royaume-Uni le droit de se prévaloir de la Convention d'extradition franco-britannique⁶⁰¹ alors même que la jurisprudence *Garcia Henriquez* opposait aux conventions d'extradition un défaut d'effet direct⁶⁰². Si la très haute juridiction administrative se trouve à l'avenir appelée à statuer sur la justiciabilité d'un accord conclu sous l'égide de l'OMC, il sera pour cette raison nécessaire, tant d'un point de vue théorique que pratique, de ne pas reconduire *in extenso* le considérant de principe de la jurisprudence *GISTI et FAPIL*, pour ne pas fonder le refus de l'invocabilité sur le défaut d'effet direct. Une telle précaution s'avère indispensable car, de la même manière que la Cour de justice, le Conseil d'État, reconnaît aux requérants étatiques la capacité de se prévaloir des normes conventionnelles dépourvues d'effet direct⁶⁰³.

⁵⁹⁹ Pour une analyse des méthodes d'interprétation employées par la Cour pour apprécier l'aptitude d'une règle conventionnelle à produire des droits subjectifs, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2, A, 2), a).

⁶⁰⁰ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁶⁰¹ CE, ass., 15 octobre 1993, *Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie Royale de Hong-Kong*, *Leb.* p. 267, com. Denis ALLAND, « Extradition », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 1016-1021 ; Jean CHAPPEZ, « Note sous Conseil d'État, Assemblée, 15 octobre 1993, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie Royale de Hong Kong », *J.D.I. (Chunet)*, 1994, pp. 89-98.

⁶⁰² CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, *Leb.* p. 71.

⁶⁰³ Pour une analyse exhaustive de l'invocabilité des normes conventionnelles par les requérants étatiques devant le Conseil d'État français, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 2).

211. Les éléments qui conditionnent l'accès des prescriptions conventionnelles au rang de paramètre de la légalité interne divergent donc dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. Si les deux ordres se rejoignent sur l'exigence d'une ratification régulière des accords internationaux, ils n'attachent pas les mêmes effets au défaut de publication et font un usage inégalement fréquent de la condition de réciprocité. En droit français, la condition de publicité constitue un important verrou à l'applicabilité des prescriptions conventionnelles des accords internationaux, tandis que la condition de réciprocité n'y fait en pratique guère obstruction. À l'inverse, en droit de l'Union, la publicité ne s'oppose qu'à l'opposabilité des prescriptions conventionnelles aux individus tandis que la condition de réciprocité bloque l'accès d'une source conséquente du droit commercial international – les accords conclus sous l'égide de l'OMC – au rang d'élément de la légalité de l'Union européenne.

212. Les différents éléments de ce triptyque agissent ainsi comme des filtres qui conditionnent à des degrés variables – selon l'ordre juridique dans lequel ils sont examinés – l'invocabilité des accords internationaux. Ces conditions d'applicabilité constituent le premier écran qui s'interpose entre la norme d'origine internationale et l'individu devant le juge interne. Ce n'est qu'une fois la norme internationale érigée en élément de la légalité que la conditionnalité de l'effet direct se trouve examinée pour établir si les requérants individuels peuvent utilement les invoquer.

Section 2 : La convergence des conditions de dévolution de l'effet direct

213. L'effet direct constitue le filtre le plus hermétique à la justiciabilité des règles conventionnelles dans les ordres juridiques dotés d'une clause de réception générale du droit international⁶⁰⁴. La volonté exprimée par les parties de conférer ou de refuser l'effet direct à un traité s'impose aux juridictions nationales appelées à l'appliquer. Mais en pratique, cette possibilité ouverte aux parties contractantes n'est utilisée que très exceptionnellement⁶⁰⁵.

214. La dévolution de l'effet direct aux stipulations conventionnelles relève le plus souvent du choix des juridictions internes, dans la mesure où il n'existe pas en droit international de principe obligeant les États et organisations internationales à attribuer l'effet direct aux normes internationales en vigueur dans leurs ordres juridiques. Piet Eeckhout a observé à ce propos que, du point de vue du juriste internationaliste, les ordres juridiques internes liés par des obligations internationales forment des "trous noirs" évoluant dans un univers distinct de

⁶⁰⁴ Il s'agit des États dits "monistes" qui ont opté pour la doctrine de l'incorporation, V. *supra*, Introduction, I, A ; et ce Titre, Chapitre 2, Section 1, § 2.

⁶⁰⁵ À cette rubrique peuvent être mentionnés l'article 3. 2 de l'Accord de Bangui qui stipule que « *les nationaux peuvent revendiquer à leur profit les dispositions [...] de la Convention de Berne...* » (Accord de Bangui du 2 mars 1977, révisé le 24 février 1999, instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle, n° WIPO CG003) ; et l'article 41, paragraphe 1 de l'ADPIC : « *Les membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle [...], de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord* » (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), préc.). La jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État témoignent cependant du fait que la simple exigence de procédures propres à garantir les droits contenus par une convention internationale, telle que celle portée par l'article 41.1 de l'ADPIC, n'est pas nécessairement appréhendée par les juges comme une manifestation de l'intention des parties de lui accorder l'effet direct. V. en dernier lieu : CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pts. 46 et 58 ; CE, 31 mai 2000, *Société Welcome Foundation Limited*, n°213882. Les parties contractantes à un accord international peuvent également parfois convenir qu'il n'est pas invocable devant leurs juridictions internes. L'article 17, paragraphe 3 de l'Accord sur des normes internationales de piégeage sans cruauté entre la Communauté européenne, le Canada et la Fédération de Russie, (*JOCE*, L 42, 14 février 1998, pp. 43-57) stipule par exemple que « [l]e présent accord n'est pas directement applicable. Chaque partie honore les engagements et remplit les obligations découlant du présent accord conformément à ses procédures internes ». Les parties contractantes à l'accord de libre échange UE-Corée ont indiqué qu'ils « *n'ont pas d'effet automatique et ne confèrent donc aucun droit directement à des personnes physiques ou morales* » (Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part. 16 septembre 2011, 2011/265/UE). L'article 336 de l'accord UE-Corée stipule que « *[n]othing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons, other than those created between the parties under public international law* » (Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, conclu le 13 avril 2011, *non encore publié*).

celui dont ces règles sont issues. Et les normes internationales, absorbées par ces “trous noirs” que sont les ordres juridiques internes, peuvent y être traitées de la manière qui convient à ces ordres juridiques tant qu’elles n’y sont pas violées⁶⁰⁶. Cette indifférence du droit international à l’égard des modalités d’application par les juridictions étatiques de la doctrine de l’effet direct est perceptible dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Elle a ainsi jugé à l’occasion de l’affaire *Avena* qu’une obligation internationale, telle le dispositif d’un arrêt de la Cour internationale de Justice, « *est une obligation de résultat qui doit à l’évidence être exécutée de manière inconditionnelle ; le défaut d’exécution constitue un comportement internationalement illicite. Cependant, l’arrêt laisse aux États-Unis le choix des moyens d’exécution, sans exclure l’adoption, dans un délai raisonnable, d’une législation appropriée, si cela est jugé nécessaire en vertu du droit constitutionnel national* »⁶⁰⁷. Cette souplesse des juridictions internationales à l’endroit des techniques d’application étatique du droit international procède de la diversité des choix opérés par les pouvoirs constituants nationaux sur la question des modalités d’introduction du droit international dans le droit interne, qui se manifeste dans la *summa divisio* classique opposant les systèmes ayant adhéré à la doctrine de l’incorporation à ceux qui ont opté pour la doctrine de la transformation⁶⁰⁸. Evelyne Lagrange souligne qu’en outre, « [l]es juridictions internationales n’ont a priori guère de raisons de présumer l’applicabilité directe des normes internationales concernant la situation des personnes privées : appelées à statuer sur un fait de l’État qui aurait été illicite et préjudiciable (aux personnes privées et/ou à un autre État), elles s’intéressent à ce fait, qui est le résultat de procédures ou de processus internes de décision et d’exécution, non à la manière dont il est advenu »⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Piet ECKHOUT a ainsi écrit que « [a]s long as the international norm is complied with, the large majority of international lawyers seems quite content with living in a different universe from that of municipal law. They are content with the international norm being sucked into the black hole of municipal law, as long as what comes out of it, at the other end, is compliance and respect », (« The International Legal Order : black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos* », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l’arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, op. cit., p. 171).

⁶⁰⁷ CIJ, 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l’arrêt du 31 mars 2004 en l’affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d’Amérique)*, Rec. CIJ, p. 3.

⁶⁰⁸ Pour une présentation de cette *summa divisio*, V. supra, Introduction, I, A.

⁶⁰⁹ Evelyne LAGRANGE, « L’efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 331. L’auteur indique toutefois que certaines juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l’Homme encouragent leurs États parties à appliquer directement l’instrument juridique qu’elles sanctionnent dans leurs ordres juridiques. Est cité à ce titre l’arrêt *Aguado-Alfaro* de la Cour interaméricaine des droits de l’Homme : « *the organs of the judiciary should exercise [...] a control of [...] “conventionality” ex officio between domestic norms and the American Convention, evidently in the context of their respective spheres of competence and the corresponding procedural*

215. Le juge interne joue alors un rôle décisif dans la définition du degré d'effectivité du droit d'origine internationale dans les ordres juridiques dits monistes. Ainsi que le souligne Marie Gautier, « [d]ans un système dualiste, l'écluse est constituée par le système même d'incorporation des normes internationales ; dans un système dit moniste, elle tiendrait à une applicabilité et à une invocabilité conditionnées de la norme internationale »⁶¹⁰. L'absence de médiation législative, couplée à la porosité des clauses de réception générale du droit international, font donc de la conditionnalité d'effet direct le critère déterminant de l'invocabilité des prescriptions internationales dans les ordres juridiques français et de l'Union⁶¹¹. Maîtresses de l'appréciation de l'effet direct des accords internationaux, les juridictions de Paris et de Luxembourg sont les principaux régulateurs de la perméabilité de ces ordres aux prescriptions internationales⁶¹². Jean Matringe met en évidence le rôle fondamental des juridictions internes en observant que « c'est un choix purement interne que de faire peser la charge de rendre ces normes exécutoires sur certains organes et non sur le juge qui devrait ainsi rejeter l'invocation d'une norme que les autres organes de l'État n'auraient pas précisée ou complétée »⁶¹³. La confrontation des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État amène à constater que si les deux juridictions appréhendent de manière équivalente le concept d'effet direct, et qualifient d'une manière similaire ses

regulations » (Cour IADH, 24 novembre 2006, *Dismissed Congressional Employees (Aguado-Alfar et al.) v. Peru*, Série C, n°158, § 128). Traduction : « les organes juridictionnels devraient opérer d'office [...] un contrôle de la [...] "conformité" des normes nationales à la Convention américaine, dans le cadre de leurs compétences respectives et dans le respect des règles de procédure applicables ».

⁶¹⁰ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 561.

⁶¹¹ Piet EECKHOUT remarque ainsi, à propos de la jurisprudence de la Cour de justice, que « a close reading of the Case-Law leads one to conclude that international agreements and other forms of international law may produce different types of legal effects, an exaggerated use of the direct-effect notion may lead to some degree of myopia, resulting in failure to see the full picture. It is none the less the case that the question of direct effect occupies a central position in the Case-Law », (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations, op. cit.*, 2011, p. 325). Traduction : « une lecture attentive de la jurisprudence nous amène à conclure que les accords internationaux et les autres sources du droit international pourraient produire différents types d'effets juridiques, un usage abusif de la notion d'effet direct pouvant conduire à un certain degré de myopie qui empêcherait de cerner l'image d'ensemble. Il n'en reste pas moins que la question de l'effet direct occupe une position centrale dans la jurisprudence de la Cour ».

⁶¹² Dans l'exercice de cet office, ceux d'entre les juges internes qui adoptent une position particulièrement défavorable au droit international sont désignés comme responsables de l'instauration d'un néo-dualisme. André NOLLKAEMPER relève par exemple que « the doctrine of direct effect can be used and abused, and can lead, in effect, to a shift towards a more dualist model of transformation », (*National Courts and the International Rule of Law, op. cit.*, p. 133). V. également, Jan KLABBERS, « International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect », *Yearbook of European Law*, 2002, pp. 263-298. Traduction: « on peut user et abuser de la doctrine de l'effet direct, ce qui peut conduire, en effet, à un changement de modèle vers le dualisme et la doctrine de la transformation ».

⁶¹³ Jean MATRINGE, « note sur Conseil d'État, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)* », préc., p. 941.

critères, certaines différences demeurent dans les techniques d'interprétation employées pour en apprécier la satisfaction. Toutefois, ces différences s'estompent et le Conseil d'État a récemment rapproché ses méthodes d'appréciation de l'effet direct de celles employées par la Cour de justice. À la manière de la juridiction de Luxembourg, la très haute juridiction administrative accorde désormais une importance prégnante à la complétude de la norme invoquée pour lui reconnaître un effet direct.

216. Le concept d'effet direct a une substance similaire dans les jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État : est d'effet direct la stipulation conventionnelle qui confère des droits subjectifs aux particuliers (§1). Pour établir l'effet direct de la norme conventionnelle invoquée, le juge vérifie la satisfaction de deux critères : d'une part, son destinataire doit être une personne privée, de sorte qu'elle soit apte à produire un droit subjectif ; d'autre part, cette norme doit être complète, de manière à attribuer par elle-même un droit subjectif à cette personne privée (§2).

§1. La convergence conceptuelle, l'effet direct comme droit subjectif invocable

217. À propos de l'effet direct, tout, ou presque, a été dit. La littérature consacrée à l'effet direct des accords internationaux devant la Cour de justice⁶¹⁴ ou devant les juridictions

⁶¹⁴ Drazen PETROVIC, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne : à la recherche d'un concept*, Paris et Genève, PUF, 2000 ; Bérange TAILLON, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, op. cit., pp. 343 ss ; Abdelkhalq BERRAMDANE, « La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits- Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., pp. 227-244 ; Frédéric DUMON, « La notion de disposition directement applicable en droit européen », *Cah. dr. eur.*, 1968, pp. 369-398 ; David EDWARD, « Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (Essays in honour of Giuseppe Federico Mancini)*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, Volume II, pp. 423-443 ; Jean-Claude GAUTRON, Loïc GRARD, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque SFDI de Bordeaux*, op. cit., pp. 11-151 ; Loïc GRARD, « L'invocabilité communautaire du droit international », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits- Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., pp. 655-668 ; Jan KLABBERS, « International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect », préc. ; Aurore LAGET-ANNAMAYER, « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *R.T.D. eur.*, 2006, pp. 249-288 ; Philippe MANIN, « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », in *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque SFDI de Bordeaux*, op. cit., pp. 152-168 ; Philippe MANIN, « À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », préc. ; Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union*

étatiques⁶¹⁵ est en effet particulièrement abondante. Mais l'examen de la profusion d'études dédiées à ce concept permet de constater un défaut de consensus doctrinal sur son contenu. Il nous est pourtant apparu que la Cour de justice et le Conseil d'État ont une compréhension similaire du concept d'effet direct. Selon ces deux juridictions, la règle conventionnelle dotée de l'effet direct est celle qui porte un droit subjectif (A). Cet attribut de la norme conditionne le droit des personnes physiques et morales de se prévaloir en justice des stipulations conventionnelles à toutes fins utiles (B).

A. L'effet direct ou la norme porteuse de droit subjectif

218. La personne privée désireuse d'invoquer une norme conventionnelle devant la Cour de justice de l'Union ou le Conseil d'État français en vue d'obtenir la sanction de sa violation ne peut obtenir satisfaction de sa revendication qu'à la condition que cette norme soit d'effet direct. Le sens traditionnellement attribué à l'effet direct varie selon l'ordre juridique auquel appartient la règle, qui en est dotée ou dépourvue, mais également selon l'ordre juridique auquel appartient l'auteur qui l'analyse. Autrement dit, l'effet direct est un concept polymorphe en littérature juridique : l'effet direct du droit de l'Union ne s'identifie pas à l'effet direct du droit conventionnel et l'effet direct n'est pas nécessairement compris de la même manière en doctrine française, anglaise ou allemande.

européenne : Union de droit, Union des droits- Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, op. cit., pp. 879-890 ; Pierre Yves MONJAL, « La Cour de justice et les accords externes conclus par la Communauté européenne : une intégration contrôlée par l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac : cinquante ans de droit communautaire*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 409-448 ; Pierre PESCATORE, « The doctrine of direct effect: An infant disease of Community Law », *E.L. Rev.*, 1983, pp. 155-177 ; Pierre PESCATORE, « L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire », *R.T.D. eur.*, 1970, pp. 296-302 ; Sacha PRECHAL, « Does direct effect still matter? », *CML Rev.*, 2000, pp. 1047-1069 ; Bénédicte THORNAY, « L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *R.D.U.E.* n°2, 2006, pp. 325-368 ; Jan A. WINTER, « Direct applicability and direct effect : two distinct and different concepts in Community law », *CML Rev.*, 1972, pp. 425-438.

⁶¹⁵ Ronny ABRAHAM, « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, op. cit.*, p. 291 ; Louis DUBOUIS, « Le juge administratif et les règles du droit international », préc. ; Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc. ; Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « L'applicabilité des normes internationales », préc. ; Bérangère TAXIL, « Les normes internationales », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, Paris, Dalloz, 2012, pp. 413-454 ; Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », préc.

219. Parfois analysé comme un attribut spécifique des normes de l'Union européenne (1), souvent confondu avec l'applicabilité directe (2), difficile à appréhender pour la doctrine anglo-saxonne (3), l'effet direct doit simplement être défini comme l'aptitude de toute norme à produire des droits subjectifs dans l'ordre interne (4).

1) Un concept non circonscrit au droit de l'Union européenne

220. L'effet direct est un concept qui régule l'invocabilité de l'ensemble des sources du droit public. Certains auteurs ont toutefois soutenu que seules les règles de droit de l'Union européenne peuvent être considérées comme étant d'effet direct. Philippe Manin a ainsi expliqué que « *la théorie de l'effet direct concerne les rapports entre le droit communautaire et l'ordre juridique des États membres. Les accords internationaux conclus par la Communauté faisant partie intégrante du droit communautaire, il est normal qu'on leur applique la théorie de l'effet direct [...] lorsqu'il s'agit de confronter le droit d'un État membre à l'accord. En revanche, elle n'a pas à s'appliquer en dehors de ce cadre. La théorie de l'invocabilité des accords par rapport aux actes des institutions communautaires est donc une théorie autonome* »⁶¹⁶. Cette approche de l'effet direct, adoptée par les promoteurs de l'autonomie essentielle – au sens propre – des règles de droit de l'Union européenne, a trouvé un écho dans les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro qui a affirmé, dans ses conclusions sur l'arrêt *FIAMM*, que « *[l]es deux conditions d'effet direct des accords internationaux et d'effet direct du droit communautaire se distinguant [...] sans doute serait-il judicieux à l'avenir [...] d'user de termes différents pour les désigner et, partant, de ne plus parler que de l'invocabilité des accords internationaux* »⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Philippe MANIN, « À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », préc., p. 401 ; dans le même sens, Aurore LAGET-ANNAMAYER soutient que « *le terme d'effet direct fait référence à la spécificité des rapports entre l'ordre juridique communautaire et celui de ses États membres* », (« Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », préc., pp. 252-253) ; Frédérique BERROD soutient également que le terme effet direct « *fait référence à la spécificité des rapports non pas entre sphère internationale et communautaire, mais entre celle de la Communauté et de ses États membres* », (« La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation », préc., p. 421).

⁶¹⁷ Luis Miguel Poiares MADURO, 20 février 2008, conclusions sur CJCE, *FIAMM*, C-120/06 P et C-121/06 P, pt. 31.

221. Selon nous, la différence remarquable entre l'effet direct du droit international général et celui du droit de l'Union est une différence de degré. Depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*⁶¹⁸, le critère subjectif de l'effet direct – qui tient à vérifier que les personnes privées sont destinataires de la règle invoquée – est présumé satisfait lorsqu'est en cause une règle de droit communautaire⁶¹⁹. La Cour de justice a en effet jugé que les normes communautaires ont vocation à produire des effets sur la situation juridique des personnes privées. Denys Simon a décrit l'héritage de l'arrêt *Van Gend En Loos*⁶²⁰ en ces termes : « *la situation du droit communautaire est quantitativement et qualitativement toute différente [du droit international général], dans la mesure où l'ensemble du droit communautaire possède virtuellement une aptitude à produire des effets affectant le patrimoine juridique des intéressés* »⁶²¹. Cela signifie qu'il n'est besoin que de vérifier la satisfaction du critère de la complétude de la norme invoquée pour reconnaître l'effet direct d'une règle unionaire⁶²². Cette prédisposition des règles de droit de l'Union européenne à produire un effet direct a été mise en évidence par Bénédicte Thornay, qui a observé qu'« *il découle de la jurisprudence de la Cour, à la différence de ce qui existe dans les accords internationaux, une présomption en faveur de l'effet direct du droit communautaire* »⁶²³. Le droit international ne bénéficie en revanche pas de cette prédisposition "génétique" à l'effet direct. Hélène Ruiz-Fabri a ainsi remarqué que

⁶¹⁸ CJCE, 5 février 1963, *N.V. Algemene Transport- En expeditie Onderneming Van Gend & Loos*, préc.

⁶¹⁹ Ce point de vue est notamment soutenu par Bérangère TAXIL qui relève que les « *normes européennes produiraient [...] généralement des droits subjectifs, tandis que les normes internationales ne le feraient qu'à titre exceptionnel. C'est ainsi bel et bien dans l'existence d'une présomption d'effet direct que la distinction s'opère. [...] C'est donc dans l'articulation des deux critères de l'effet direct que la distinction entre droits européens et droit international peut être relevée : le critère de l'objet (individuel) de la norme est largement présumé pour les premiers* ». L'auteur conclut avec un certain optimisme que « *[t]outefois, la perception des normes internationales par les juges tend à évoluer dans le même sens* », (« L'individu, entre ordre international et ordre européen : y a-t-il une spécificité du statut de l'individu en droit européen ? », *Ann. dr. eur.*, 2008, pp. 155-183 (166 et 169)).

⁶²⁰ Rappelons qu'aux termes de l'arrêt *Van Gend en Loos* : « *Le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique. Ces droits naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires* » : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend En Loos*, préc., p. 6.

⁶²¹ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, p. 387.

⁶²² CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public contre Tullio Ratti*, 148/78, *Rec.* p. 1629 ; CJCE, 19 janvier 1982, *Becker contre Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, *Rec.* p. 53.

⁶²³ Bénédicte THORNAY, « L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », préc., p. 329 ; V. également, Piet EECKHOUT, « The International Legal Order : black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos* », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013, op. cit.*, p. 171 ; Jean-Victor LOUIS « L'insertion des accords internationaux dans l'ordre juridique de la Communauté et des États membres », in Marianne DONY, Jean-Victor LOUIS, (dir.), *Le droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne. Commentaire Mégret. Tome 12 : Relations extérieures, op. cit.*, p. 117.

« le droit international n'a pas l'effet direct dans son ADN et sa situation peut être considérée comme relevant d'une présomption réfragable d'absence d'effet direct »⁶²⁴.

222. En revanche, il n'existe pas de différence de nature entre l'effet direct du droit de l'Union et l'effet direct du droit international. Les règles de droit international et de droit de l'Union européenne dotées de l'effet direct créent les mêmes droits dans le patrimoine juridique de leurs destinataires et déploient les mêmes effets de substitution. L'existence de critères complémentaires qui subordonnent l'invocabilité du droit conventionnel, telle la réciprocité d'application, ne remet pas en cause l'identité des concepts d'effet direct du droit international et du droit de l'Union européenne. C'est en effet pour ne pas dénaturer le concept d'effet direct que ces critères complémentaires sont opposés à l'invocabilité des accords conclus sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce lorsque les requérants étatiques les invoquent⁶²⁵. Le défaut d'effet direct, et donc le défaut de droit subjectif, ne pouvait en effet pas fonder l'exclusion de l'invocabilité des traités par un requérant étatique.

223. L'adjonction de ces filtres complémentaires ne remet en rien en cause le fait que l'invocabilité-sanction des normes conventionnelles – qui ne sont en majorité pas régies par les principes de réciprocité et d'avantages mutuels – reste largement subordonnée à la vérification préalable de leur effet direct. Il est à cet égard révélateur que l'examen de la réciprocité d'application de certaines règles conventionnelles par les juridictions françaises, exigé par l'article 55 de la Constitution de 1958, n'a pas conduit la doctrine et les juges français à renoncer de désigner l'effet direct comme étant le principal filtre de l'invocabilité du droit international.

224. Observer que les règles de droit de l'Union soient prédisposées à produire un effet direct, dans la mesure où les personnes privées sont, au même titre que les États, leurs destinataires, ne doit pas inviter à conclure que le droit international est au contraire par nature privé de cette potentialité⁶²⁶. L'avocat général Eleanor Sharpston a d'ailleurs recentré

⁶²⁴ Hélène RUIZ-FABRI, « Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, op. cit., pp. 189-195 (190) ; V. également Joseph H. WEILER, « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration : an exploratory Essay », in Julie DICKSON, Pavlos ELEFThERiADIS, *Philosophical Foundations of European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 137-158.

⁶²⁵ CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, C-61/94, *Rec.* p. I-3989, com. Piet Eeckhout, « Case Law : Case 61/94, commission versus Germany. Annotation », *CML Rev.* 35, pp. 555-566 ; CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc.

⁶²⁶ Frédéric SCHMIED relève qu'« [i]l n'y a [...] pas de différence entre l'invocabilité de ces différentes normes sauf peut-être, d'un point de vue quantitatif, puisque l'invocabilité de substitution du droit de l'Union est

sur l'effet direct le débat relatif au droit de se prévaloir d'un accord international pour contester la légalité d'un acte d'une autorité publique, en expliquant que « *les critères pertinents en l'espèce pour déterminer l' "effet direct" [de la Convention d'Aarhus] sont ceux du droit international, qui diffèrent quelque peu de ceux du droit "interne" de l'Union* »⁶²⁷. Le raisonnement de l'avocat général, suivi par la Cour, indique qu'en dépit d'une communauté de nature de l'effet direct des droits de l'Union européenne d'origines interne et externe, les critères fluctuent car l'établissement de l'effet direct du droit conventionnel suppose l'examen préalable du critère subjectif. Celui-ci consiste à vérifier si les personnes privées sont destinataires de la règle invoquée⁶²⁸. En droit français, la circulaire du Premier Ministre du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux ne présente guère d'ambiguïté quant à l'applicabilité de la théorie de l'effet direct au droit conventionnel, lorsqu'elle dispose que, même si « *[c]ertains accords ne créent d'obligations qu'à la charge des États [...], les autres accords peuvent être invoqués par les particuliers et prévalent sur le droit interne, soit qu'ils soient d'effet direct, soit que les mesures de transposition en droit interne qu'ils appelaient dans un délai donné ne soient pas intervenues* »⁶²⁹. Il convient donc de conclure que la théorie de l'effet direct ne doit pas être circonscrite aux rapports entretenus par le droit de l'Union avec les droits de ses États membres.

225. Au-delà, la conditionnalité d'effet direct a d'ailleurs également vocation à réguler l'invocabilité du droit interne⁶³⁰. Jan Winter a explicité l'applicabilité de la théorie de l'effet direct au droit interne en ces termes : « *[i]n every Member State, there exists quite a bit of law which is not enforceable in the courts because those rules were not meant to give the private individual enforceable rights, or because there are too vague or incomplete to admit of judicial application* »⁶³¹. Ronny Abraham a opéré une analogie entre le droit conventionnel

reconnue plus souvent du fait de l'appréciation large de ses conditions par la Cour en raison de la présomption d'effet direct depuis sa reconnaissance dans les arrêt fondateurs », (*Les effets des accords OMC dans l'ordre juridique de l'Union et de ses États membres, op. cit.*, p. 106).

⁶²⁷ Eleanor SHARPSTON, 15 juillet 2010, conclusions sur CJUE, Gde chbre, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pts. 31-32.

⁶²⁸ Pour une étude exhaustive de ce critère, V. *infra*, cette Section, § 2, A.

⁶²⁹ C'est la première hypothèse qui nous intéresse ici, la seconde justifiant l'invocabilité d'éviction des directives non transposées en droit interne ; V. Circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, article VIII.5, *JORF* n°125, 31 mai 1997, p. 8415.

⁶³⁰ Thomas BUERGENTHAL, « Self-executing and non self-executing Treaties in National and Internal Law », *R.C.A.D.I.*, 1992, pp. 301-400 (369).

⁶³¹ Jan A. WINTER, « Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in Community law », préc., p. 436. Traduction : « dans chaque État membre, une partie des règles de droit reste non directement

dépourvu d'effet direct et les règles d'origine interne incomplètes, en observant que lorsque le juge se trouve confronté à une stipulation conventionnelle ne satisfaisant pas le critère objectif de l'effet direct, « on n'est pas très loin de l'hypothèse d'une législation nationale dont la mise en œuvre est manifestement impossible aussi longtemps que ne sont pas intervenus les décrets d'application, ou d'un principe constitutionnel qui, eu égard à sa formulation générale, suppose une mise en œuvre législative »⁶³². Le Conseil d'État et la Cour de justice ont ainsi opposé un défaut d'effet direct à certaines normes constitutionnelles françaises ou communautaires de densité normative trop ténue. À titre d'illustration, le Conseil d'État ne reconnaît pas d'effet direct à l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946⁶³³. Symétriquement, de l'avis partagé des juges, des avocats généraux et de la doctrine, les principes contenus dans la Charte des droits fondamentaux sont dépourvus d'effet direct⁶³⁴. Cependant, il convient de souligner que seul le critère analytique de l'effet direct – relatif à la précision de la norme – est examiné pour déterminer l'effet direct d'une norme interne⁶³⁵. En outre, la jurisprudence du Conseil d'État tend à la généralisation de l'acceptation de l'effet direct des normes constitutionnelles, la très haute juridiction administrative a en effet initié une dynamique jurisprudentielle tendant à la généralisation de l'invocabilité de celles-ci⁶³⁶.

applicable devant les tribunaux parce que ces règles ne sont pas destinées à accorder des droits aux individus ou parce qu'elle sont trop vagues ou incomplètes pour être juridictionnellement appliquées ».

⁶³² Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*

(GISTI), préc.

⁶³³ CE, 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, *Leb.* p. 263 ; comme à l'alinéa 12 du préambule de la Constitution de 1946 : CE, 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques*, préc. ; CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, *Leb.* p. 607.

⁶³⁴ Verica TRSTENJAK, 8 septembre 2011, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique contre Préfet de la région Centre*, C-282/10, *np*, pts.72-74 ; Koen LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre V de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.T.D.hom.*, 2010, pp. 217-236 ; Fabrice PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 527-547.

⁶³⁵ Claudia SCIOTTI-LAM observe ainsi qu'« en principe, l'entrée en vigueur de mesures d'exécution est nécessaire pour permettre aux autorités administratives et judiciaires d'appliquer les règles prévues dans la loi-cadre. Les dispositions de celle-ci ne sont donc pas directement applicables », avant de conclure que « la notion d'applicabilité directe n'est pas propre aux rapports entre droits internationaux et droit interne et elle peut également jouer dans les litiges purement internes, ne mettant en jeu que des normes de droit interne », (*L'applicabilité des Traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 342-343).

⁶³⁶ Cette dynamique est perceptible notamment dans l'arrêt *Commune d'Annecy* où le Conseil d'État affirme l'invocabilité de la Charte de l'environnement, texte dont l'intensité normative est très limitée : CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n°297931, *Leb.* p. 322 ; une lecture combinée de l'arrêt avec les conclusions du rapporteur public Yann AGUILA indique un abandon de la conditionnalité de l'effet direct concernant les normes constitutionnelles, (« La valeur Constitutionnelle de la charte de l'environnement », conclusions sur CE, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, *R.F.D.A.*, 2008, pp. 1147-1164). Pour une analyse du régime de

226. Le champ d'application de la théorie de l'effet direct dépasse donc le droit communautaire et s'étend tant au droit conventionnel qu'au droit d'origine interne. Il en est de même pour le concept d'applicabilité directe, qui doit toutefois être distingué de l'effet direct, dans la mesure où il ne s'attache pas à l'aptitude de la norme à produire un droit subjectif.

2) Une concept distinct de l'applicabilité directe

227. Certains membres de la doctrine internationaliste, moins interpellés par la nécessité de distinguer l'effet direct de l'applicabilité directe que les analystes du droit de l'Union européenne, continuent de désigner l'applicabilité directe sous la dénomination d'effet direct. André Nollkaemper explique par exemple que « [t]he effect is “direct” in the sense that it does not depend on an intervening legislative step. The defining nature of direct effect – enforcement of an international obligation without being dependent on implementing legislation – is caught by the term “self executing” »⁶³⁷. Or, la notion que l'auteur hollandais définit de la sorte est celle que nous désignerons sous le vocable d'applicabilité directe, qui se distingue ontologiquement de l'effet direct.

228. Joe Verhoeven a proposé une définition de l'applicabilité directe, selon laquelle celle-ci « peut être entendue de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités de l'État où cette règle est en vigueur »⁶³⁸. En incluant la faculté de la norme internationale à générer des droits subjectifs au bénéfice des individus destinataires, le concept d'applicabilité directe ainsi délimité se confond avec celui de l'effet direct. Ici, Joe Verhoeven tire les conclusions de la pratique internationale « où ces appellations sont généralement considérées comme interchangeables »⁶³⁹. De son côté, Bérandère Taxil adopte une définition plus stricte de l'applicabilité directe, en y incluant

l'invocabilité du droit constitutionnel devant le Conseil d'État français, V. *infra*, partie 1, Titre 2, chapitre 1, Section 1, § 1, A.

⁶³⁷ André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, p. 118. Traduction : « l'effet est “direct” s'il ne nécessite pas une intervention du pouvoir législatif. Le critère définitoire de l'effet direct – l'application d'une obligation internationale sans nécessité d'une législation d'incorporation – est désigné sous le terme de “self executing” ».

⁶³⁸ Joe VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, pp. 243-265 (265).

⁶³⁹ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, De Boeck & Larquier, 2000, p. 412 ; l'auteur souligne ensuite que ce constat ne peut être étendu au droit communautaire.

toutes les conditions susceptibles de subordonner « la possibilité pour les individus de recevoir [d]es droits subjectifs [de la norme internationale] dans l'ordre interne, et de les utiliser »⁶⁴⁰. De sorte que le juge chargé d'examiner l'applicabilité directe de la norme internationale « vérifiera d'une part si la norme [...] appartient de façon régulière à l'ordre interne. Pour cela, elle doit être obligatoire non seulement en vertu du droit international, mais aussi du droit interne. D'autre part, il faut que la norme puisse être interprétée comme étant d'effet direct pour les individus, c'est-à-dire que ses auteurs aient entendu viser directement les individus en la rendant précise et complète »⁶⁴¹. Ainsi entendue, la norme d'applicabilité directe est celle qui est à la fois applicable, susceptible de porter un droit subjectif et *self executing*. L'inclusion des critères relatifs à l'applicabilité simple de la norme conventionnelle dans l'examen de l'applicabilité directe ne nous apparaît cependant pas entièrement convaincante. Bien que le concept d'applicabilité directe doive être distingué de celui de l'effet direct, les deux concepts se rattachent de notre point de vue aux propriétés de la prescription conventionnelle en tant que telle, et se trouvent donc détachés de toute considération liée aux conditionnalités constitutionnelles subordonnant son applicabilité dans l'ordre interne⁶⁴².

229. Claudia Sciotti-Lam a, quant à elle, détaché l'applicabilité directe d'une norme de son aptitude à créer des droits⁶⁴³. De son point de vue, qui se situe dans la continuité des thèses développées par Jan Winter qui ont depuis prospéré en doctrine⁶⁴⁴, l'applicabilité directe de la

⁶⁴⁰ Bérangère TAXIL, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, op. cit., p. 349.

⁶⁴¹ Bérangère TAXIL, « Les normes internationales », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, op. cit., p. 444.

⁶⁴² Pour une analyse approfondie des conditions d'applicabilité simple du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, V. *supra*, ce Chapitre, Section 1.

⁶⁴³ Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des Traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, op. cit., pp. 336-337.

⁶⁴⁴ V. Jan A. WINTER, « Direct applicability and direct effect : two distinct and different concepts in Community law », préc., p. 428 ; Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 268 ; Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2012, p. 200 ; Marie GAUTIER, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, p. 224 ; Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « L'applicabilité des normes internationales », préc., pt. 56 ; Quoc Dinh N'GUYEN, Patrick DAILLIER, Alain PELLET, Mathias FORTEAU, *Droit international Public*, op. cit., p. 254 ; Olivier DUBOS et David KATZ, « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'État », *J.C.P. A.*, janvier 2010, n°4, pp. 20-25. Il faut préciser que cette doctrine, pour dominante qu'elle soit, n'est pas sans contradicteur, puisque Koen LENAERTS a récemment inversé la présentation ici développée. Il définit ainsi le traité d'applicabilité directe est celui dont la nature et l'économie ne s'opposent pas à la création de droits subjectifs conventionnels (ce que nous désignons comme étant le critère subjectif de l'effet direct). Il indique ensuite que la règle conventionnelle d'effet direct est celle qui, en plus, est suffisamment claire et inconditionnelle, pour constituer une norme de référence du contrôle de légalité des actes de l'Union (ce que nous désignons comme étant le critère objectif de l'effet direct), (« Direct effect and direct

norme conventionnelle correspond à son aptitude à être appliquée par les autorités internes – administratives ou juridictionnelles – sans que ne soit préalablement nécessaire l'édiction d'un acte juridique interne de concrétisation. Une telle approche de la notion s'éloigne du cadre conceptuel offert par Joe Verhoeven, pour se rapprocher de la doctrine *Foster v. Neilson*⁶⁴⁵ qui privilégie un angle d'analyse axé sur le caractère *self-executing* de l'accord international. La théorie anglo-saxonne des traités *self-executing*, qui a connu ses derniers développements dans l'affaire *Medellín v. Texas*⁶⁴⁶, tend en effet à vérifier que la règle conventionnelle ne nécessite pas de complément normatif pour faire l'objet d'une application juridictionnelle⁶⁴⁷. Dans une telle perspective, l'élément crucial de l'applicabilité directe réside dans l'absence de nécessité d'une mesure d'exécution pour permettre à la convention de produire ses effets juridiques dans l'ordre interne, et non en son aptitude à générer des droits subjectifs dans le patrimoine juridique des personnes privées. Ces mesures d'exécution correspondent à « *des interventions législatives, réglementaires ou administratives destinées à donner concrètement effet à la seule règle internationale et non des interventions dont le seul objet est d' "introduire" celle-ci dans l'ordre interne de l'autorité saisie, conformément aux exigences de son ordre constitutionnel* »⁶⁴⁸.

230. Cette *summa divisio* distinguant l'applicabilité directe de l'effet direct a été reprise par l'avocat général Sharpston qui, dans ses conclusions sur l'arrêt *Lesoochranárske*, a

applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Mareseau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (46)).

⁶⁴⁵ La source première, au sens chronologique du terme, de l'applicabilité directe serait donc la jurisprudence américaine et notamment l'arrêt *Foster v. Neilson*, à l'occasion duquel le chef justice Marshall affirma que « *Our Constitution declares a treaty to be the Law of the Land. It is, consequently, to be regarded in the courts of justice as an act of the legislature, whenever it operates by itself without the aid of any legislative provision* » : Cour suprême des États-Unis, 9 mars 1829, *Foster versus Neilson*, 27 U.S. p. 253 (314). Traduction: « Notre Constitution reconnaît au traité la qualité d'élément du droit interne. Il doit, par conséquent, considéré par les juridictions comme un acte du législateur, qu'il produise des effets par lui-même sans l'aide ou par la médiation d'une disposition législative ». Pour une analyse actualisée de la doctrine *Foster v. Neilson*, V. Béangère TAXIL, « Les critères de l'applicabilité directe des accords internationaux aux États-Unis et en France », *R.I.D.C.*, 2007, pp. 157-176 (159).

⁶⁴⁶ Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis était appelée à donner effet à l'obligation prescrite en ces termes par la décision *Avena* de la Cour Internationale de Justice : « *pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les États-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, par les moyens de leur choix, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées* », (CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains, (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, préc., § 153). La Cour suprême juge qu'elle ne peut donner effet à cette obligation car c'est au législateur qu'il appartient d'adopter la mesure appropriée, (Cour suprême des États-Unis, 25 mars 2008, *Medellín v. Texas*, préc.).

⁶⁴⁷ Béangère TAXIL met le lien entretenu par le critère objectif de l'effet direct avec son caractère *self executing*, en observant que « *le critère objectif du degré de "normativité" du traité : c'est celui du caractère self-executing aux États-Unis, que l'on peut rapprocher de l'exigence française d'une norme précise et complète* », (« Les critères de l'applicabilité directe des accords internationaux aux États-Unis et en France », préc., p. 159).

⁶⁴⁸ Joe VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », préc., p. 245.

affirmé que « [l]’expression “effet direct” signifie que quiconque peut invoquer le bénéfice de la disposition en cause devant le juge national, tandis que celle d’“applicabilité directe” indique [...] qu’un accord est “self-executing” »⁶⁴⁹. Dans le même sens, le juge Edward a écrit, à propos de l’affaire *Van Gend en Loos*⁶⁵⁰, que « *the Netherlands Government insisted on the distinction between internal effect [interne werking], which I think we could now call direct applicability, and direct effect [directe werking], the first being a condition of the second. The first question is, does the norm apply in internal national law at all? The next question is, can it be invoked by an individual?* »⁶⁵¹. De cette manière, l’effet direct était clairement désigné comme un concept contentieux⁶⁵².

231. Cette dichotomie explique que certaines normes non directement applicables, comme par exemple les directives de l’Union européenne⁶⁵³, peuvent pourtant être dotées de l’effet direct. Il convient de retenir de cet affinement des concepts, hérité du droit de l’Union, que

⁶⁴⁹ Eleanor SHARPSTON, 15 juillet 2010, conclusions sur CJUE, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, C-240/09, *Rec. p. I-1255*, pt. 38.

⁶⁵⁰ CJCE, 5 février 1963, *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, préc.

⁶⁵¹ David EDWARD, « Direct Effect: Myth, Mess or Mystery », in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Prinssen & Schrauwen (eds.), 2002, pp. 3-13 (4). Traduction : « le gouvernement des Pays-Bas a insisté sur la distinction entre l’effet interne [interne werking], que nous pouvons maintenant appeler applicabilité directe, et l’effet direct [directe werking], le premier étant une condition du second. La première question est, cette norme s’applique-t-elle en droit national d’une quelconque manière ? La question suivante est, peut-elle être invoquée par un individu ? ».

⁶⁵² Dès 1983, l’on trouvait déjà cette idée sous la plume du juge Pierre PESCATORE : « *it appears in last analysis that the prerequisite of unconditional character and the sufficient degree of precision of Community provisions, in order to be recognised as having direct effect boil down a question of justiciability* », (« The doctrine of direct effect: an infant disease of Community Law », préc., p. 176). Traduction : « il apparaît qu’en dernière analyse, le prérequis de l’inconditionnalité et de la précision des dispositions communautaires, nécessaires à la reconnaissance de l’effet direct, se rapporte à une question de justiciabilité ».

⁶⁵³ CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, 41/74, *Rec. p. 1337* ; les conclusions du commissaire du gouvernement Gerhard REISCHL sur l’arrêt *Ratti* sont particulièrement éclairantes sur la question de la possibilité de l’effet direct sans applicabilité directe : « *il est certainement inapproprié de parler d’une applicabilité directe. Ce terme n’est utilisé dans l’article 189 [actuel 288 TFUE] du traité que pour les règlements, c’est-à-dire pour la législation communautaire directe qui peut également créer des rapports juridiques entre les particuliers. Mais les directives qui n’engendrent des obligations que pour les États membres se distinguent clairement des règlements [...]. On ne peut donc en aucun cas affirmer que les directives peuvent également avoir le contenu et les effets d’un règlement ; les directives peuvent en revanche produire tout au plus des effets analogues [...]. L’essentiel de cet effet consiste dans certains cas, qui constituent cependant plutôt l’exception, en ce que les États membres qui n’exécutent pas les obligations que la directive leur impose se voient retirer la possibilité d’invoquer la situation juridique nationale qui apparaît comme illégale au regard du droit communautaire, c’est-à-dire que des particuliers obtiennent le droit de se prévaloir de la directive à l’égard de l’État défaillant et d’en tirer des droits dont les juridictions nationales doivent tenir compte. A vrai dire, il conviendrait donc de ne parler dans de tels cas – et cela a toujours été fait dans la jurisprudence – que d’un effet direct des directives* », (conclusions du 20 février 1979, sur CJCE, *Ministère public contre Tullio Ratti*, 148/78, *Rec. p. 1629*) ; l’effet direct a également été reconnu aux décisions adressées aux États : CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad contre Finanzamt Traunstein*, 9/70, *Rec. p. 825*.

des normes extranationales dépourvues d'applicabilité directe peuvent être dotées d'un effet direct qui n'est que « *le corollaire des obligations qu'elles imposent [à l'État]* »⁶⁵⁴.

232. Il reste que, pour ce qui concerne la norme conventionnelle, le caractère *self-executing* de la règle (c'est-à-dire son applicabilité directe) reste par principe une condition *sine qua non* de la dévolution de l'effet direct. L'applicabilité directe se fonde en réalité dans ce que nous qualifierons de critère de la complétude de la norme conventionnelle⁶⁵⁵, qui doit être satisfait pour que l'effet direct lui soit attribué. Il est par exemple à noter que, dans son arrêt *GISTI et FAPIL*⁶⁵⁶, le Conseil d'État a accordé une importance prééminente à la complétude de la règle conventionnelle – son applicabilité directe –, lorsqu'il a défini les conditions qui subordonnent la reconnaissance de son effet direct par les juridictions administratives.

233. Par ailleurs, l'effet direct est un concept qui a également créé de la confusion dans les doctrines britannique et allemande en raison de son lien avec le droit subjectif. Méconnu en droit anglais, employé comme condition de recevabilité en droit allemand⁶⁵⁷, le droit subjectif crée un trouble certain dans les analyses de l'effet direct délivrées par les juristes anglo-saxons.

3) Les doctrines anglaise et allemande face au concept de l'effet direct

234. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice, une partie de la doctrine britannique et allemande a renoncé à conserver le concept de traité *self-executing* comme unique angle d'analyse du rapport entretenu par l'individu avec la norme extranationale. La plume des juges et commentateurs britanniques et allemands contribue actuellement à apporter un certain renouveau dans la conceptualisation de l'effet direct, mais également parfois à en obscurcir le contenu. La jurisprudence de la Cour relative à l'invocabilité des

⁶⁵⁴ Pierre PESCATORE, « L'effet direct des directives : une tentative de démythification » *Sir.*, 1980, p. 171- 176 (171).

⁶⁵⁵ Pour une analyse exhaustive du critère de la complétude, V. *infra*, cette Section, § 2, B.

⁶⁵⁶ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁶⁵⁷ Christian AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, pp. 215-216 ; Wilhelm HENKE, « Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen recht », in *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für W. Weber zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 495-514 (510).

directives édictées dans le domaine environnemental⁶⁵⁸ – dont l'incomplétude permet d'inférer un défaut d'effet direct – a ainsi pu conduire à certains affinements de la théorie de l'effet direct qui, pour séduisants qu'ils soient, ont sans doute apporté plus de confusion que de clarification.

235. L'importance de la théorie de la *Schutznorm*⁶⁵⁹ en droit allemand rend difficilement intelligible la faculté pour les individus de se prévaloir de normes sans effet direct, et conséquemment non dévolutives de droits subjectifs⁶⁶⁰. Si bien qu'une partie de la doctrine allemande a été conduite à opérer une dichotomie opposant l'« *objective direct effect* » et le « *subjective direct effect* »⁶⁶¹. Alors que le second permet à l'individu de se prévaloir d'un droit issu de la directive applicable par le juge en lieu et place de la norme interne incompatible (effet de substitution), le premier oblige seulement le juge à laisser inappliquée la norme interne la privant d'effet utile (effet d'exclusion). Le problème est qu'ainsi entendu, l'« *objective direct effect* » peut profiter à des normes unionnaires conditionnelles⁶⁶², et donc privées d'effet direct⁶⁶³. En outre, reconnaître deux volets – subjectif et objectif – à l'effet direct conduit à nier l'affirmation selon laquelle la notion est intrinsèquement liée au droit subjectif. Par voie de conséquence, elle pousse à confondre l'effet direct avec l'invocabilité,

⁶⁵⁸ Sans prétendre à l'exhaustivité, la jurisprudence traditionnellement citée en la matière est la suivante : CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, *Rec. p. I-5403* ; CJCE, 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund e.a. contre Autonome Provinz Bozen e.a.*, C-435/97, *Rec. p. I-5613* ; CJCE, 19 septembre 2000, *État du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts Linster*, C-287/78, *Rec. p. I-06917* ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, affaires jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, *Rec. p. I-9711* ; le corpus législatif alors appliqué est composé des textes suivants : Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOCE*, L 175, 5 juillet 1985, p. 40 ; Directive 97/11/CE du Conseil du 3 mars 1997 modifiant la Directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOCE*, L 73, 14 mars 1997, p. 5 ; Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil, *JOCE*, L 156, 25 juin 2003, p. 17.

⁶⁵⁹ *La norme de protection.*

⁶⁶⁰ Vassili CHRISTIANOS remarque que la jonction entre effet direct et droit subjectif en doctrine allemande « est liée à la conception du système allemand de "Individualrechtsschutz" qui met l'accent sur l'examen de la question de savoir si la disposition en cause a pour objet la protection des droits subjectifs des particuliers », (« La diversité des cultures juridiques et la prise de décision en sein de la Cour de justice de l'Union européenne », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 562-567 (564)).

⁶⁶¹ V. par exemple, Matthias RUFFERT, « Rights and remedies in European Community law : A comparative view », *CML Rev.*, 1997, pp. 307-336 (320).

⁶⁶² CJCE, 19 septembre 2000, *État du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts Linster*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.

⁶⁶³ CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefer et Andréa Procacci contre État français*, C-100 et 101/89, *Rec. p. I-4647*.

dans la mesure où le droit de l'Union invocable est alors considéré comme produisant nécessairement un effet direct. De notre point de vue, le recours à cette dichotomie doit être exclu en tant qu'il rattache l'effet d'exclusion de certaines directives à un effet direct dont elles sont pourtant dépourvues.

236. En doctrine anglaise, l'effet direct est conçu comme une notion fonctionnelle. Le juge Edward a ainsi estimé que « [the] *direct effect can be related to the distinction between remedies in public and private law and the question of locus standi. Is this dispute a matter for judicial review of executive action or for a private remedy under the civil law? Does this individual have capacity, title and interest to sue this remedy in this case?* »⁶⁶⁴. Cette approche fonctionnelle de l'effet direct, qui peut aussi être désignée de concrète, empêche toute définition essentialiste⁶⁶⁵. Fidèle à l'esprit pragmatique des juristes de *Common law*, le juge Edward voyait d'ailleurs d'un mauvais œil tout effort de définition ontologique de l'effet direct et a soutenu que « *there is a danger of falling into what philosophers call the nominalist fallacy* »⁶⁶⁶. Le rattachement de l'effet direct au concept de droit individuel s'expose en effet à souffrir de la compréhension différenciée qu'en ont les juristes européens. Un juriste anglais admet par exemple bien plus aisément son existence qu'un juriste allemand⁶⁶⁷. Mais l'analyse du juge Edward prête à critique : en subordonnant l'effet direct de

⁶⁶⁴ David EDWARD, « Direct Effect: Myth, Mess or Mystery », in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, op. cit., p. 3. Traduction : « l'effet direct peut être lié à la distinction entre les recours de droit public et de droit privé, et à la question du *locus standi*. Est-ce que ce litige se rapporte au contrôle de la légalité de l'action administrative ou à un différend privé relevant du droit civil ? Est-ce que cet individu possède la capacité, le titre et l'intérêt d'intenter cette action dans cette affaire ? ».

⁶⁶⁵ Cette approche fonctionnaliste de l'effet direct n'est toutefois pas l'apanage des juristes britanniques, le juge Pierre PESCATORE ayant dès 1983 soutenu que : « *a rule can have direct effect whenever its characteristics are such that it is capable of judicial adjudication, account being taken of facts on which the application of each particular rule has to rely. This means that direct effect of Community rules in the last analysis depend less on the intrinsic qualities of the rules concerned than on the possumus or non possumus of the judges in the different Member States* », (« The doctrine of direct effect: An infant disease of Community Law », préc., p. 176). Traduction : « Une règle peut être d'effet direct lorsque ses caractéristiques sont telles qu'elle est capable de fonder une décision juridictionnelle, compte tenu des faits desquels l'application de chaque règle particulière est supposée dépendre. Cela signifie que l'effet direct des règles communautaires dépend en dernière instance moins des qualités intrinsèques de la réglementation en cause que du *possumus* du *non possumus* des juges dans les différents États membres ».

⁶⁶⁶ David EDWARD, « Direct Effect: Myth, Mess or Mystery », in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, op. cit., p. 4. Traduction: « Il y a ici un danger de tomber dans ce que les philosophes qualifient de tromperie nominaliste ».

⁶⁶⁷ Prenant en considération la culture juridique distincte des juristes anglais et allemand, Sacha PRECHAL a écrit que, concernant les juristes anglais, « [t]hey quite easily label different types of legal relationships as being a matter of rights. In such circumstances, putting a German and an Englishman, or at least a German and an English lawyer together will result in a Tower of Babel », (« Direct effect reconsidered, redefined and rejected », in *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, op. cit., pp. 17-41 (20)). Traduction: « ils admettent aisément qu'une relation juridique puisse se rapporter à une question de droits. Dans de telles circonstances,

la norme unionaire à la qualité et à l'intérêt du justiciable à agir dans l'affaire portée à la connaissance du juge, son approche introduit une certaine confusion entre les conditions de recevabilité de l'action en justice et la dévolution de l'effet direct de la norme invoquée à son occasion.

237. Pour expliquer l'invocabilité d'éviction de certaines directives dépourvues d'effet direct, la doctrine anglaise a désigné cet effet atténué des directives sous le vocable du « *right to call for a judicial review* »⁶⁶⁸. Si le litige est de pur droit public, et ne consiste qu'en la contestation de la légalité d'un acte national, le droit d'obtenir du juge ce contrôle ne doit pas reposer sur l'effet direct. Celui-ci n'est nécessaire que si les faits d'espèce prouvent que la réalisation d'un droit individuel est réclamée. Pragmatique, la culture juridique de *Common law* simplifie la compréhension de l'effet atténué des directives dépourvues d'effet direct. Comme l'a souligné Sacha Prechal, en Angleterre, « *it is not rights which give rise to a remedy, but a cause of action* »⁶⁶⁹ et cette cause, qui réside en « *the assemblage of those facts that are necessary for supporting a claim in a court of law* »⁶⁷⁰, va déterminer la subordination ou non de l'invocabilité à l'effet direct⁶⁷¹. De sorte que la théorie britannique, dite du « *public law effect* », paraît plus convaincante que les déclinaisons du concept d'effet direct proposées en doctrine allemande.

réunir un anglais et un allemand, ou du moins un juriste anglais et un juriste allemand résultera à l'érection d'une Tour de Babel ».

⁶⁶⁸ Le juge David EDWARD affirme ainsi à propos de l'affaire *Kraaijeveld* : « [t]he right recognized was not to secure any positive remedy or to have a particular result achieved, but rather the right to call for judicial review – the right to ask the Courts to ensure that the national legislature and executive, when acting in fields covered by a Community directive, comply with their obligations and do not exceed the bounds of their permitted discretion », (« Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (Essays in honour of Giuseppe Federico Mancini)*, T. 2, op. cit., pp. 423-443 (442)). Traduction : « le droit reconnu n'était pas celui d'obtenir une quelconque compensation ou de voir un objectif atteint, mais plutôt le droit d'obtenir un contrôle de légalité – le droit de réclamer aux juridictions de garantir que le législateur et l'exécutif nationaux, lorsqu'ils agissent dans des domaines couverts par une directive communautaire, se conforment à leurs obligations et n'excèdent pas leur marge d'appréciation ».

⁶⁶⁹ Sacha PRECHAL, « Does direct effect still matter? », préc., p. 1053. Traduction: « ce n'est pas l'existence de droits qui permet la formation d'un recours, mais un fait générateur de litige ».

⁶⁷⁰ Pierre LEGRAND, « European Legal systems are not converging », *ICLQ*, 1996, pp. 52-81 (70). Traduction : « la réunion de ces faits qui sont nécessaires pour fonder une requête devant une juridiction ».

⁶⁷¹ Vassili CHRISTIANOS observe que dans les pays de *Common law*, « ce ne sont pas les droits subjectifs lésés qui sont à la base de l'action en justice, mais ce que l'on appelle la cause of action, à savoir la réunion des faits nécessaires pour constituer le support de l'exercice d'une action en justice. Cela serait » selon l'auteur « la raison pour laquelle la violation du droit de l'Union est abordée, par exemple au Royaume-Uni, comme une cause of action autonome », (« La diversité des cultures juridiques et la prise de décision au sein de la Cour de justice de l'Union européenne », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., p. 564).

238. Pourtant, aucune source du droit ne bénéficie par essence systématiquement de l'effet direct. L'effet direct ne s'attache ainsi pas à la nature de la norme mais bien plutôt à la forme de son énoncé. Celui-ci doit en effet permettre à celle-là de véhiculer un droit subjectif.

4) L'effet direct comme aptitude de la norme à engendrer un droit subjectif

239. L'effet direct d'une prescription conventionnelle correspond à son aptitude à conférer un droit subjectif à une personne privée⁶⁷². Denis Alland désigne ainsi l'effet direct comme « l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités de l'État où cette règle est en vigueur »⁶⁷³.

240. Il convient de mentionner les réticences de certains membres de la Cour de Justice de l'Union européenne à analyser l'invocabilité des accords internationaux sous le prisme de leur aptitude à produire des droits. Celles-ci procèdent selon nous du traitement spécifique réservé aux règles OMC dont la justiciabilité est soumise à la réciprocité d'application. Koen Lenaerts a ainsi écrit que l'invocabilité des accords internationaux est indifférente tant à l'effet direct qu'à l'aptitude des traités à produire des droits : « *the question whether an international agreement confers rights on individuals is simply not an issue when assessing whether its relevant provisions are among the rules in the light of which the Courts reviews the legality of [EU] acts [...]. The invoked articles need to be unconditional and sufficiently precise, but only to the extent that they must be apt to serve as yardstick for review, not in the sense that they confer rights on individuals as is required in cases involving direct effect* »⁶⁷⁴. Mais il est

⁶⁷² À propos du droit de l'Union européenne, V. Jan A. WINTER, « Direct applicability and direct effect : two distinct and different concepts in Community law », préc. ; Marie GAUTIER, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 224 ; Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, op. cit., p. 201 ; Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 375 ; à propos du droit international, V. Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit., p. 354 ; Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *R.C.A.D.I.*, vol.356, 2012, p. 501 ; Bérandère TAXIL, « Les normes internationales », in Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Pascale GONOD (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, op. cit., p. 441.

⁶⁷³ Denis ALLAND, « commentaire sous C. Cass. 10 mars 1993, *Lejeune* », *R.G.D.I.P.*, 1993, pp. 1051-1056. Il s'agit d'une reprise de la définition de l'applicabilité directe antérieurement proposée par Joe Verhoeven, (Joe VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », préc.).

⁶⁷⁴ Tim CORTHAUT, Koen LENAERTS, « Of birds and hedges: The role of primacy invoking norms of EU law », préc., p. 299. Traduction: « La question de savoir si l'accord international est apte à produire des droits subjectifs ne se pose pas lorsque les stipulations invoquées figurent parmi les règles qui peuvent accéder au rang

à noter que cette analyse fut délivrée avant l'arrêt *Intertanko*⁶⁷⁵ qui, comme l'a relevé Piet Eeckhout, a marqué un retour de la Cour vers une lecture de l'invocabilité des accords internationaux fondée sur la recherche de droits conventionnels individuels⁶⁷⁶. Le vice-président de la Cour de justice a d'ailleurs tiré certains enseignements de cet arrêt de 2008. Il a notamment présenté sous un nouveau jour l'effet direct des accords internationaux, en le définissant désormais comme étant l'aptitude de ces instruments à conférer « *des droits dont [les particuliers] puissent se prévaloir en justice* »⁶⁷⁷. La juridiction de l'Union a confirmé cet ancrage de l'effet direct dans le droit subjectif à l'occasion de l'arrêt *SCF*, dans lequel elle a jugé que les accords ADPIC et WPPT « *ne sont pas de nature à créer pour des particuliers des droits donc ceux-ci peuvent se prévaloir* »⁶⁷⁸. Dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*, le Conseil d'État dispose dans un sens similaire que des stipulations conventionnelles sont d'effet direct

de normes de référence du contrôle de la légalité des actes de l'Union [...]. Les articles invoqués doivent être inconditionnels et suffisamment précis, mais seulement de manière à pouvoir constituer un référentiel du contrôle de légalité, et non pas de manière à ce qu'ils puissent attribuer un droit aux individus comme dans les affaires où l'effet direct est exigé ». Le juge Koen Lenaerts fut la même année membre de la formation de jugement, qui, dans l'affaire *IATA*, n'opéra pas de lien abstrait entre l'invocabilité de la Convention de Montréal et son aptitude à créer des droits au bénéfice des passagers aériens, (CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares airline Association*, préc.). Le vice-président de la Cour lie en revanche étroitement l'effet direct du droit de l'Union au droit subjectif : « *it is the technique which allows individuals to enforce a subjective right, which is only available in the internal legal order in an instrument that comes from outside that order, against another (state or private) actor* », (Tim CORTHAUT, Koen LENAERTS, *ibid.*, p. 310). Traduction: « C'est la technique qui permet aux individus d'obtenir l'application d'un droit subjectif, qu'il n'est possible d'obtenir dans l'ordre juridique interne que sur le fondement d'un instrument juridique d'origine externe, aux dépens d'un sujet de droit (privé ou public) ».

⁶⁷⁵ CJCE, 30 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; Jan-Peter HIX décrit quant à lui une dialectique historique pour parvenir à la même conclusion : « *the early case-law on direct effect put emphasis on the question whether the agreement conferred rights on individuals which they could invoke before the court. But such invocability of individual rights does no longer appear to be a necessary criterion in order to attribute direct effect to an agreement, although it may be one of the elements in considering whether the nature and broad logic of the agreement permits or excludes direct effect* », (« Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », Jean Monnet Working Paper 3/13, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/13/documents/JMWP03Hix.pdf>, p. 46). Traduction: « Les premiers arrêts relatifs à l'effet direct ont mis l'accent sur la question de savoir si l'accord conférerait aux particuliers des droits dont ils pourraient se prévaloir devant la juridiction. Mais une telle invocabilité des droits individuels ne semble plus être un critère nécessaire pour attribuer un effet direct à un accord, même si elle peut être un des éléments pris en considération pour déterminer si la nature et l'économie générale de la convention permettent ou excluent l'effet direct ».

⁶⁷⁶ Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 381 ; Mario MENDEZ, « The enforcement of EU agreements : bolstering the effectiveness of Treaty Law? », préc., p. 1750.

⁶⁷⁷ Koen LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », préc., p. 516. Nous soulignons.

⁶⁷⁸ CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pts. 46 et 58, nous soulignons.

« dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir » en justice⁶⁷⁹.

241. Si l'on se réfère aux écrits de Henri Motulsky, « le concept de droit subjectif ne fait que traduire la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu par la règle de droit »⁶⁸⁰. Or, la faculté offerte à l'individu de déclencher l'impératif porté par une règle conventionnelle, au moyen de son application juridictionnelle, ne lui est ouverte que si la règle en cause est dotée de l'effet direct⁶⁸¹. Il y a là une conjonction fonctionnelle de l'effet direct et du droit subjectif. Mais au-delà de leur fonction, c'est aussi la substance de ces deux concepts qui se confondent.

242. Le droit subjectif doit, selon Roger Bonnard, s'entendre du « droit d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice: le contenu de la chose exigible étant directement fixé soit par le droit objectif, soit par un acte juridique individuel »⁶⁸². Cette lecture du droit subjectif doit être confrontée aux critères de l'effet direct, pour mesurer l'opportunité de leur assimilation.

243. La Cour de justice juge avec constance qu'une stipulation d'« un accord conclu par l'Union et ses États membres avec des États tiers doit être considérée comme étant d'effet direct lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de cet accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur »⁶⁸³. Parallèlement, le Conseil d'État estime

⁶⁷⁹ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁶⁸⁰ Henry MOTULSKY, *La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 1948, réimpr. 2002, p. 29.

⁶⁸¹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc. ; CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁶⁸² Il convient de préciser que l'auteur de la norme contenant la « chose exigible » doit avoir édicté l'obligation du débiteur dans la perspective de satisfaire l'intérêt personnel du requérant. Cela rejoint le critère de l'effet direct relatif à l'intentionnalité des parties contractantes de considérer les personnes privées comme étant les destinataires de la règle conventionnelle, (Roger BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.*, 1932, pp. 695-728 (707)) ; cette définition se rapproche de la conception allemande du droit subjectif. Pour Ottmar BÜHLER, un droit subjectif existe quand il est déterminé par une norme contraignante qui protège les intérêts individuels et quand il donne à un individu le pouvoir juridique de faire appliquer la loi qui lui reconnaît des droits, (« Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte », in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Munich, Günter Olzog Verlag, 1955, pp. 269-286).

⁶⁸³ CJUE Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, préc., pt.44 ; CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Simutenkov*, préc., pt. 21 ; CJCE, 13 décembre 2007, *Asda Stores*, C-372/06, *Rec.* p. I-11223, pt.

de manière équivalente qu'« *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* »⁶⁸⁴.

244. Les obligations contenues dans des dispositions conventionnelles d'effet direct peuvent s'imposer tant aux parties contractantes qu'aux personnes privées⁶⁸⁵, et leur réalisation peut être exigée devant les juridictions de l'Union par l'individu qui y a intérêt. La corrélation se fait jour entre la définition jurisprudentielle de l'effet direct d'une stipulation conventionnelle et les trois composantes principales du droit subjectif. Toute d'abord, le caractère inconditionnel de l'obligation conventionnelle permet d'inférer la chose directement exigible en vertu d'une règle de droit objectif⁶⁸⁶. Ensuite, la nature et l'économie de l'accord doivent permettre de considérer que les personnes privées sont destinataires des normes qu'il porte, de telle sorte qu'elles ont un intérêt personnel à obtenir ce qui est exigé des parties contractantes⁶⁸⁷. Enfin, l'objet même de l'effet direct réside en l'établissement de la possibilité d'agir en justice pour obtenir la sanction de sa violation⁶⁸⁸.

245. Antérieurement, le Conseil d'État avait déjà évoqué, de manière certes sibylline, la nature de l'effet direct. La très haute juridiction administrative définissait en négatif l'effet direct comme l'aptitude d'un accord international à créer un droit subjectif, lorsqu'elle affirmait que les accords qui en sont dépourvus « *créent seulement des obligations entre États*

82 ; V. également, Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 59.

⁶⁸⁴ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁶⁸⁵ Pour exemple, l'accord « ciel ouvert » contient des « *dispositions qui tendent à conférer directement des droits à ces transporteurs [aériens], tandis que d'autres dispositions de cet accord tendent à leur imposer des obligations* » : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 82.

⁶⁸⁶ V. par exemple : CJCE, 13 décembre 2007, *Asda Stores*, préc., pt. 82 ; CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Simutenkov*, préc., pt. 21 ; CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc. ; CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n°341533, *Leb.* p. 261.

⁶⁸⁷ Pour permettre l'effet direct, l'examen de la nature et de l'économie de l'accord visé doit révéler que « *les dispositions inscrites dans celui-ci sont susceptibles [...] de régir directement la situation juridique des particuliers* ». En d'autres termes, les auteurs de l'accord entendaient édicter la norme dans l'intérêt du requérant : CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Simutenkov*, préc., pt. 28.

⁶⁸⁸ L'objet même de l'établissement de l'effet direct est l'affirmation de la possibilité pour les particuliers de se prévaloir des accords internationaux en justice : CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. contre Conseil et Commission*, préc., pt. 109.

sans ouvrir de droits aux [particuliers] »⁶⁸⁹. C'était donc *a contrario* que le Conseil d'État désignait l'effet direct comme l'aptitude des stipulations conventionnelles à générer des droits subjectifs au bénéfice des particuliers. Cette traduction en termes de droits subjectifs de la notion de "droit" employée par la très haute juridiction administrative échoit en premier lieu à l'analyse de la jurisprudence française fournie par Ronny Abraham, selon laquelle « *les traités internationaux [...] sont généralement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des droits subjectifs dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national* »⁶⁹⁰. Par ailleurs, les critères d'examen de l'effet direct des accords internationaux employés par le Conseil d'État sont très proches de ceux de la Cour de justice⁶⁹¹. La corrélation établie entre les propriétés de la norme porteuse d'un droit subjectif et de la norme d'effet direct est donc transposable à la jurisprudence des juridictions administratives françaises.

246. Au regard des critères qui conditionnent l'effet direct, il apparaît que ce concept se confond avec celui de droit subjectif. À ce titre, il a vocation à produire tous les effets contentieux qui sont susceptibles d'être attachés par le juge à la norme porteuse d'un droit subjectif. L'invocabilité d'exclusion qui permet d'ériger la norme conventionnelle en critère de la légalité des actes édictés et l'invocabilité de substitution qui permet de réclamer la sanction de la violation de cette norme par les autorités publiques, mais également par les personnes privées bénéficient de la même manière à la règle conventionnelle d'effet direct. Au contraire, la norme dépourvue d'effet direct ne peut être invoquée aux fins d'obtenir la satisfaction de ces revendications. Si bien que le juge peut neutraliser la justiciabilité des normes conventionnelles sans effet direct qu'il refuse d'ériger en critère de la légalité des actes internes ; mais aussi étendre le cercle des stipulations conventionnelles susceptibles de générer des droits subjectifs et, par là même, opposables aux personnes privées. Il convient désormais d'expliquer en quoi la théorie subjective de l'invocabilité conduit donc à retirer toute effectivité aux règles conventionnelles auxquelles la Cour de justice et le Conseil d'État

⁶⁸⁹ CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, préc. ; CE, 10 mai 2006, *Mao*, n°274094, inédit. Il est à noter que la référence aux droits est supprimée dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*, la Cour préférant se référer aux « effets » produits à l'égard des particuliers : CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁶⁹⁰ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*

(*GISTI*), préc.

⁶⁹¹ Pour une présentation de la convergence des critères d'examen de l'effet direct, V. *infra*, cette Section, § 2.

dénient l'effet direct, mais également à conférer des effets contentieux de très grande intensité à celles que ces juridictions estiment dotées de l'effet direct.

B. Une théorie manichéenne de l'invocabilité

247. La reconnaissance de l'invocabilité-sanction des normes internationales reste par principe subordonnée à la conditionnalité d'effet direct (1). Cela conduit à évincer les stipulations dépourvues d'effet direct des normes de référence à l'aune desquelles peut s'effectuer un contrôle de légalité. Mais l'attribution de l'effet direct peut, en sens inverse, avoir pour conséquence de conférer une invocabilité maximale à de trop nombreuses règles conventionnelles, en raison de l'assouplissement de ses conditions d'admission (2).

1) L'effet direct aux fondements de l'invocabilité des accords internationaux

248. L'effet direct forme la clef de voûte de l'invocabilité du droit conventionnel. Concernant les règles de droit de l'Union européenne, la revendication du requérant va également déterminer le type d'invocabilité auquel le juge doit donner effet : les invocabilités d'interprétation, de réparation, d'éviction et de substitution se trouvent ainsi clairement distinguées⁶⁹². Cette typologie qui opère une graduation des effets que le requérant entend faire produire à la norme unionaire permet au juge de diversifier les conditionnalités opposées à son application juridictionnelle. Elle permet ainsi d'échapper à l'alternative manichéenne distinguant la norme dotée d'effet direct – apte à satisfaire toutes les prétentions des requérants – de celle qui en est dépourvue, alors impropre à déployer des effets dans l'ordre juridique interne. Autrement dit, certaines normes extranationales peuvent être prises en considération sur des fondements autres que leur effet direct. Cette dissociation entre l'invocabilité et l'effet direct ne s'applique que très exceptionnellement au droit conventionnel lorsqu'un requérant réclame la sanction de sa violation par les autorités

⁶⁹² La typologie des différentes familles d'invocabilité établie par Denys SIMON à propos du droit de l'Union se trouve ici reprise en ce qu'elle conserve sa valeur explicative dans l'analyse du droit conventionnel, (*Le système juridique communautaire, op. cit.*, pp. 437-446).

publiques⁶⁹³. L'invocabilité d'interprétation du droit conventionnel n'est en revanche pas soumise à l'effet direct, dans la mesure où la Cour de justice fonde cette forme d'invocabilité sur le principe de primauté⁶⁹⁴.

249. Par principe, le déploiement des effets de substitution et des effets d'éviction des accords internationaux repose sur l'affirmation préalable de leur effet direct⁶⁹⁵. La Cour de justice et le Conseil d'État soumettent en effet à l'effet direct l'invocabilité des normes conventionnelles en vue d'écarter l'application ou d'invalider les actes juridiques internes qui leur sont incompatibles (effet d'exclusion), ce qui conduit parfois à appliquer ces normes

⁶⁹³ Ce principe souffre toutefois de certaines exceptions qui feront l'objet d'une analyse exhaustive dans la suite de nos développements, *infra*, partie 2, Titre 1. Il convient de présenter ici une brève synthèse de ces exceptions. En premier lieu, la juridiction de l'Union a accepté de conférer un effet d'éviction à une stipulation de la Convention d'Aarhus pourtant dépourvue d'effet direct dans l'arrêt *Boxus et Roua*, (CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc. ; CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay contre Région Wallonne*, C-182/10). Cette consécration de l'invocabilité d'éviction de l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus, dont le défaut d'effet direct avait antérieurement établi à l'occasion de la jurisprudence *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* (CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09, *Rec.* p. 3673), procède du fait que sa méconnaissance conduirait à priver d'effet utile certaines stipulations de ladite Convention garantissant aux sujets de droit de l'Union des droits substantiels revêtant un effet direct. En effet, le respect de l'obligation procédurale prévue à l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus conditionne l'effectivité du droit à la participation du public au processus décisionnel consacré à l'article 6 de la ladite Convention, (pour une analyse approfondie de cette forme d'invocabilité d'éviction, autonome de l'effet direct, (V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1). En deuxième lieu, l'invocabilité d'une règle conventionnelle sans effet direct est également admise lorsque l'acte attaqué met en œuvre cette règle conventionnelle (CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc.), ou y renvoie expressément (CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, préc.). En troisième lieu, la conditionnalité d'effet direct, attachée à l'existence d'un droit subjectif, n'est logiquement pas opposée aux requérants institutionnels et aux États membres, tant dans l'hypothèse d'un recours en annulation (CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc.) que dans le cadre d'une action en manquement (CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc. ; CJCE, 19 mars 2002, *Commission contre Irlande*, préc. ; CJCE, 7 octobre 2004, *Commission contre République française*, préc.). L'examen de la légalité d'un acte étatique ou de l'Union sollicité par un requérant privilégié peut donc être réalisé à l'aune d'une stipulation conventionnelle dépourvue d'effet direct, (V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 2). En quatrième et dernier lieu, le Conseil d'État a, de son côté, autonomisé l'invocabilité de réparation du droit conventionnel de son effet direct, (CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n°279522, *Leb.* p. 78, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

⁶⁹⁴ L'obligation du juge d'interpréter le droit interne à la lumière des accords internationaux auxquels est partie l'Union est fondée sur leur primauté, qui est consacrée par l'article 216, alinéa 2 du TFUE, (CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 52). Le Conseil d'État, bien qu'il ait consenti de longue date à interpréter la législation interne à la lumière du droit de l'Union (CE, 22 décembre 1989, *Cercle militaire de la caserne Mortier*, *Leb.* p. 260 ; CE, 9 janvier 1991, *Ministre du budget contre Société coopérative Caisse immobilière commerciale et industrielle*, *Leb.* p. 7 ; CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, *Leb.* p. 581), n'a pas explicitement étendu le bénéfice de cette technique à la source internationale. L'influence de la Cour de justice pourrait à ce titre s'avérer décisive, celle-ci invitant systématiquement les juridictions internes à donner une lecture de leur droit interne conforme aux accords mixtes soumis à son interprétation, (CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 50 ; CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pt. 50).

⁶⁹⁵ Pour une présentation des revendications des justiciables dont l'examen est subordonné à l'établissement préalable de l'effet direct de la norme conventionnelle invoquée, V. *supra*, cette Section, § 1, B.

conventionnelles à la situation juridique de personnes privées (effet de substitution)⁶⁹⁶. Le régime de l'invocabilité du droit conventionnel international se distingue en cela de celui qui s'applique au droit de l'Union, car la Cour de justice et le Conseil d'État ne subordonnent pas son invocabilité d'éviction à son effet direct⁶⁹⁷. Devant le Conseil d'État, le requérant qui invoque une directive communautaire dépourvue d'effet direct ne peut pas obtenir la réalisation d'un droit sur son fondement ; en revanche, il peut directement contester la légalité de l'acte interne de portée générale qu'il considère incompatible avec cette directive⁶⁹⁸. Le justiciable confronté à un acte individuel contraire à une règle communautaire dépourvue d'effet direct peut exciper l'illégalité de l'acte de portée générale – loi, règlement ou règle jurisprudentielle – concrétisé par cet acte qui lui porte grief⁶⁹⁹. De sorte que l'effet direct de la règle communautaire permet seulement au requérant d'éviter le détour procédural de l'exception d'illégalité dans le contentieux de la légalité, de même qu'il habilite le justiciable à appeler le juge à prononcer des injonctions fondées sur le droit porté par ladite norme⁷⁰⁰.

250. En matière d'accords internationaux, le requérant individuel ne bénéficie pas d'un tel dégradé d'invocabilité. C'est ce que remarquait Ronny Abraham lorsqu'il affirmait que « *la dissociation entre l'effet direct et l'invocabilité est acceptée par le Conseil d'État à propos des directives communautaires, alors qu'elle ne l'est pas à propos des traités internationaux non communautaires* »⁷⁰¹. La stratégie contentieuse visant à exciper l'illégalité de l'acte de portée générale contraire à une règle conventionnelle dépourvue d'effet direct est donc exclue. Autrement dit, la possibilité pour les individus de se prévaloir de stipulations conventionnelles

⁶⁹⁶ C'est le sens de la définition de l'effet direct proposée par Philippe MANIN. L'auteur limite cependant l'emploi de celle-ci au droit de l'Union européenne d'origine interne, (« À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », préc., p. 402).

⁶⁹⁷ V. notamment CJCE, 28 mars 1996, *Ruiz Bernaldez*, C-129/94, *Rec.* p. I-1829 ; CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, préc. ; CJCE, 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund e.a. contre Autonome Provinz Bozen e.a.*, préc. ; CJCE, 19 septembre 2000, *État du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts Linster*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.

⁶⁹⁸ Peuvent ainsi faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir les actes réglementaires de transposition : CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, n°28467, *Leb.* p. 512 ; et les actes réglementaires entrant dans le champ d'application de la directive : CE, 7 décembre 1984, *Fédération nationale des sociétés de protection de la nature*, n°59779, *Leb.* p. 410.

⁶⁹⁹ Pour l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire : CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, n°95461, *Leb.* p. 261 ; pour l'exception d'illégalité d'une loi : CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, n°45126, *Leb.* p. 397.

⁷⁰⁰ Olivier DUBOS et David KATZ, « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'État », préc., p. 24.

⁷⁰¹ Ronny ABRAHAM, « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, op. cit, p. 290.

se trouve suspendue à leur effet direct, car aucune invocabilité d'éviction fondée sur leur primauté n'est établie à leur bénéfice⁷⁰². Selon la demande de l'auteur, la norme internationale d'effet direct pourra être employée soit comme une norme de référence pour contrôler la validité d'un acte de portée générale⁷⁰³, un effet d'éviction étant alors poursuivi ; soit comme un droit subjectif directement appliqué par le juge à toute autre fin utile⁷⁰⁴.

251. Cette jurisprudence qui consacre l'impossibilité d'ériger les dispositions conventionnelles dépourvues d'effet direct en norme de référence d'un contrôle de légalité n'emporte pas pleinement la conviction. L'effet direct, concept rattaché au droit subjectif, peine en effet à trouver sa place dans un contentieux dont l'objet premier réside en un examen objectif de compatibilité entre deux normes⁷⁰⁵. À cet égard, il est notable que la Cour de justice fait preuve d'une plus grande souplesse pour admettre l'effet direct et, par voie de conséquence, l'invocabilité des règles conventionnelles lorsque se trouve contestée la légalité des droits étatiques, qu'à l'occasion des recours mettant en cause la légalité du droit de l'Union⁷⁰⁶. Cette situation accroît le malaise qui entoure le conflit entre l'effet direct et le

⁷⁰² Concernant l'ordre juridique français, dans le cadre d'une procédure de contestation de la validité d'un acte réglementaire : CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI, Leb.* p. 330 ; concernant l'ordre juridique de l'Union européenne, dans le cadre d'une procédure de contestation de la validité d'une réglementation nationale : CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Simutenkov*, préc., pts. 21-29 ; dans le cadre d'une procédure de contestation de la validité d'un acte législatif de l'Union européenne : CJCE, 30 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 59.

⁷⁰³ Sans prétendre à l'exhaustivité, pour la Cour de justice, V. CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares airline Association*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; pour le Conseil d'État, V. CE, 19 mai 2010, *La Cimade et le Groupe d'Information et de soutien des Immigrés (GISTI)*, n°323758, *Tables Leb.*, pp. 800, 801 ; CE, 10 octobre 2011 *Union syndicale de l'Isère*, n°301014, *Tables Leb.*, pp. 655, 970 ; CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°293785, *Leb.* p. 374.

⁷⁰⁴ V. par exemple, l'annulation d'un acte non réglementaire : CE, ass., 3 décembre 1999, *Jean-Louis Didier*, n°207434, *Leb.* p. 399 ; CE, 19 mai 2010, *Compagnie majestic executive aviation AG*, n°327255, *Tables Leb.* p. 820.

⁷⁰⁵ Cette solution nous paraît critiquable dans la mesure où elle exige que la norme de référence d'un contrôle de légalité contienne un droit subjectif, ce qui dénature la fonction des voies de droit créées pour exercer un tel contrôle. Sur ce point, V. *infra*, cette partie, Titre 2.

⁷⁰⁶ Mario MENDEZ a récemment centré son étude doctorale des effets des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le décalage qui existe entre la relative souplesse avec laquelle la Cour de justice admet l'invocabilité des accords internationaux pour contester la légalité des actes des États membres, et la rigueur des filtres qu'elle oppose à l'invocabilité des accords internationaux pour contester la légalité des actes émis par les institutions de l'Union, (*The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, *op. cit.*).

droit à la légalité, car ce droit à la légalité est inégalement affecté selon qu'est en cause un acte des institutions de l'Union ou un acte de ses États membres⁷⁰⁷.

252. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union ne souffre pas d'ambiguïté concernant l'invocabilité de réparation. En effet, il est admis depuis l'arrêt *FIAMM* que l'effet direct conditionne l'invocabilité de réparation des accords internationaux⁷⁰⁸. Le lien entre invocabilité de réparation du droit conventionnel et effet direct est en revanche incertain dans la jurisprudence du Conseil d'État français⁷⁰⁹.

253. Enfin, l'invocabilité de substitution vise à faire état des droits et obligations véhiculés par une norme aux fins d'en obtenir une application immédiate par le juge. Elle est donc fort logiquement conditionnée à l'affirmation de l'effet direct de la stipulation invoquée. Le principal intérêt contentieux de l'effet de substitution est de permettre l'inapplication d'un acte individuel inconventionnel, sans recourir à l'exception d'illégalité comme l'exige l'invocabilité d'exclusion⁷¹⁰.

254. L'affinement de la théorie de l'invocabilité permis par la distinction des effets d'éviction et de substitution du droit de l'Union n'a actuellement pas été étendu au droit conventionnel. Le concernant, l'invocabilité d'interprétation qui est fondée sur la primauté de la norme internationale se distingue des autres formes d'invocabilité qui restent, au contraire, en principe tributaires de l'effet direct de la norme. Le droit de se prévaloir d'une convention internationale reste ainsi largement attaché à son effet direct, c'est-à-dire au droit subjectif.

⁷⁰⁷ La jurisprudence *Boxus et Roua* soulève quelques interrogations supplémentaires. La Cour y examine indirectement, par la voie d'un renvoi préjudiciel en interprétation, la conformité du droit slovène à l'aune d'une stipulation de la Convention d'Aarhus alors même que sa jurisprudence antérieure invitait à une exclusion de son effet direct. La Cour de justice érige alors en norme de référence une stipulation de la Convention d'Aarhus manifestement dépourvue d'effet direct : CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc. ; on trouve les indices du défaut d'effet direct de ladite stipulation dans l'affaire *Naturschutz Deutschland* : CJUE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pt. 55. Or une tel raisonnement n'a jamais été développé dans le cadre de l'invocation d'une règle conventionnelle pour contester la régularité d'un acte unionnaire.

⁷⁰⁸ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pts. 120-124.

⁷⁰⁹ Pour une présentation de l'invocabilité de réparation du droit conventionnel devant le Conseil d'État, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, A.

⁷¹⁰ Pour deux exemples récents d'examen de l'inapplicabilité d'un acte administratif non réglementaire pour contrariété avec le droit de l'Union, V. CE, ass., 30 octobre 2009, *Emmanuelle Perreux*, n°298348, *Leb.* p. 407 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09. *Rec. p.* I-1177.

2) L'absence de dégradé des implications contentieuses de l'effet direct

255. La théorie de l'effet direct du droit international général ne connaît pas la limitation à l'effet vertical ascendant développé en droit de l'Union⁷¹¹. La limitation aux litiges verticaux ascendants des cas dans lesquels un requérant peut se prévaloir de l'effet direct d'une règle de droit de l'Union européenne s'applique tant à certaines règles de droit originaire⁷¹², qu'aux directives⁷¹³. En revanche, lorsqu'une norme de droit conventionnel international produit un effet direct, elle peut être appliquée à tous, lors de tout litige et devant toute juridiction. Tim Corthaut et Koen Lenaerts ont averti des dangers du recours excessif à l'effet direct : « *[j]ust as electric trimmers make too much noise, the impact of direct effect on the internal legal order may at times be too much to bear. However, like shears, the principle of primacy may silently cut its way through the internal legal order and thus be less disturbing* »⁷¹⁴. Par nature, la norme d'effet direct a vocation à produire des effets retentissants dans l'ordre interne, elle porte un droit opposable à tous, dans tout type de litige.

256. En France, la dissociation des effets verticaux et horizontaux du droit conventionnel n'a jamais été organisée par les juridictions internes. Il s'est néanmoins parfois imposé en raison de certaines divergences de jurisprudences entre les juridictions relevant des ordres

⁷¹¹ Il s'agit du droit, dont est titulaire une personne privée, de se prévaloir d'une règle communautaire à l'encontre d'une autorité publique. Denys SIMON a présenté les fondements logiques de l'effet direct vertical ascendant du droit de l'Union en ces termes : « *en imposant des obligations aux États membres, les traités font naître, par une sorte d'« effet réflex », des droits au profit des individus, qui doivent pouvoir exiger que le respect des obligations souscrites par les États membres soit assuré par les tribunaux nationaux* ». Ledit « effet réflex » est la conséquence ultime de la présomption d'effet direct, c'est celle-ci qui érige l'individu en agent de la légalité communautaire, (Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., 3^{ème} éd., p. 388) ; cet effet réflex était déjà évoqué par le juge Pierre PESCATORE, (« L'effet direct des directives : une tentative de démythification » préc., p. 171).

⁷¹² Obligations de faire (positives) à charge des autorités publiques : l'article 7 TCEE [actuel article 18 TFUE] prohibant les discriminations fondées sur la nationalité, (CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, 14/68, *Rec.* p. 1) ; l'article 73 B.1 TCE [Actuel article 63, alinéa 1 TFUE] interdisant toute restriction à la libre circulation des capitaux, (CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, C-163/95, *Rec.* p. I-4821) ; obligations d'abstention (négatives) à charge des autorités publiques : article 95, alinéa 3 TCEE [actuel article 110 TFUE] interdisant l'instauration de régimes fiscaux discriminatoires à l'encontre de marchandises importées, (CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke contre Hauptzollamt de Sarrelouis*, 57/65, *Rec.* p. 293).

⁷¹³ Comme c'est le cas des directives communautaires dont l'effet horizontal n'est pas admis : CJCE, 26 février 1986, *M.H. Marshall contre Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 152/84, *Rec.* p. 749, pt. 48 ; CE, sect., 23 juin 1995, *Lilly France*, *Leb.* p. 257 ; pour une analyse exhaustive des affnements de la théorie de l'effet direct partiel des directives : Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, op. cit., pp. 223-233.

⁷¹⁴ Tim CORTHAUT et Koen LENAERTS, « Of birds and hedges: The role of primacy invoking norms of EU law », préc., pp. 310-311. Traduction : « Tout comme les tailles-haies électriques sont excessivement bruyants, l'impact de l'effet direct dans l'ordre juridique interne peut parfois être très difficile à supporter. Au contraire, comme les ciseaux, le principe de primauté peut silencieusement faire son chemin dans l'ordre juridique interne et, par là, être moins dérangeant ».

judiciaire et administratif. Ce découplage de l'effet direct horizontal et vertical a notamment pu être constaté dans la jurisprudence française relative à la Convention internationale des Droits de l'Enfant (CIDE). Le Conseil d'État a ainsi attribué un effet direct vertical à la Convention de New York lors de son arrêt *Cinar* de 1997⁷¹⁵, tandis que la Cour de cassation a attendu 2005 pour lui attribuer un effet direct horizontal⁷¹⁶. De sorte qu'entre 1997 et 2005, la CIDE ne produisait qu'un effet direct vertical. Cependant, plus qu'une déconnexion développée dans la perspective de ne permettre l'opposabilité de la CIDE qu'aux autorités étatiques, il faut voir dans cette dissociation le simple écho d'un désaccord des juridictions administratives et judiciaires sur la question de l'effet direct de la Convention de New York.

257. Les juridictions judiciaires françaises ont aussi été amenées à appliquer certaines conventions internationales à l'occasion de litiges interpersonnels⁷¹⁷. Pour exemple, la Convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail a motivé l'inapplication d'une règle française dans le cadre d'un litige horizontal. En se fondant sur les articles 4, 7 et 9 de ladite convention, la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi écarté l'application de l'article 2 de l'ordonnance « *nouvel embauche* », avant de condamner l'employeur, qui avait licencié un salarié dans les conditions prévues par le Contrat nouvelle embauche, à lui verser une indemnité de licenciement irrégulier⁷¹⁸. En l'espèce, la Convention n°158 de l'OIT a donc produit un effet d'exclusion dans le cadre d'un litige horizontal. À l'occasion de l'arrêt *Crédit Agricole*, la Cour de cassation a condamné l'entreprise bancaire à réparer le préjudice causé par des licenciements fondés sur la convention collective applicable à ce secteur, qui prévoyait une période de stage probatoire de douze mois, ce délai étant jugé incompatible avec les exigences de la Convention n°158⁷¹⁹. Ici, à l'inverse de la première affaire, il est à noter que c'est un acte de droit privé qui est à l'origine de la violation de cet instrument conventionnel.

258. Ces affaires peuvent également être analysées comme un frein à la diffusion de l'invocabilité verticale des stipulations conventionnelles. Les parties condamnées dans le cadre de ces procès étaient des personnes privées. La reconnaissance de l'effet direct d'une

⁷¹⁵ CE, 22 septembre 1997, *Melle Cinar*, n°161364, *Leb.* p. 319.

⁷¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Vincent x*, n°02-16336, *Bull. civ.*, n°211, p. 179.

⁷¹⁷ Carine LAURENT-BOUTOT, *La Cour de cassation face aux Traités de protection de droits de l'Homme*, Thèse, Université de Limoges, 2006, pp. 146-149.

⁷¹⁸ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, *M. S*, n°07-44124, *Bull. civ.*, n°146, com. Sandrine MAILLARD, « Le contrat nouvel embauche est contraire à la Convention n°158 de l'OIT », *D.*, 2008, pp. 1986-1989.

⁷¹⁹ Cass. soc., 4 juin 2009, *M. X contre caisse régionale de crédit agricole mutuel de l'île-de-France*, n°08-41359, *Bull. civ.*, n°146.

prescription conventionnelle a donc pour conséquence d'exposer à une sanction juridictionnelle les personnes privées qui la violent. À ce titre, l'impossibilité de limiter l'opposabilité des obligations conventionnelles aux personnes publiques freine l'extension de l'invocabilité du droit d'origine internationale. De fait, la théorie de l'effet direct vertical ascendant a profité à la promotion de l'invocabilité des normes communautaires. Lorsque les individus sont exclus du champ des destinataires d'une obligation imposée par une règle communautaire, les juridictions internes peuvent plus simplement lui attribuer un effet direct, afin de permettre la sanction de sa violation par les autorités publiques, et d'ériger de cette manière les personnes privées en agents de la légalité de l'Union⁷²⁰.

259. En outre, la distinction entre effets horizontaux et verticaux des normes communautaires crée un terrain propice au développement de la doctrine du parallélisme des droits et obligations. Loïc Azoulaï en a synthétisé le contenu en ces termes : « [Lorsque le] *Traité*⁷²¹ impose une obligation à un État membre, il en résulte un droit subjectif opposable au profit des individus »⁷²². Sans équivalent en droit international cette doctrine contribue notamment à la diffusion de l'effet direct vertical ascendant du droit de l'Union, comme en témoignent les effets qu'elle confère aux directives depuis la jurisprudence *Van Duyn*⁷²³. Le refus de la Cour de justice et du Conseil d'État français de distinguer l'opposabilité des stipulations conventionnelles de droit international général aux personnes privées de leur opposabilité aux autorités publiques nuit donc à la promotion de leur effet direct.

260. Il est bien établi que l'article 288, alinéa 3 du TFUE, au terme duquel « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre* », a conduit la Cour de justice à écarter l'effet direct horizontal des directives⁷²⁴. Une lecture analogue de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, qui dispose que « *les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres* », aurait pu inciter la Cour à adopter une position identique pour ce qui concerne le statut contentieux des accords internationaux liant l'Union. Seules les institutions de l'Union européenne et ses États membres sont en effet désignés par

⁷²⁰ V. en ce sens, Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, réimpr. 2008, p. 260.

⁷²¹ Il s'agissait en l'occurrence du Traité instituant le Communauté européenne.

⁷²² Loïc AZOULAI, « Le rôle Constitutionnel de la CJCE tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, 2008, pp. 5-45 (34).

⁷²³ CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home office*, préc.

⁷²⁴ En l'occurrence, la Cour interprète les effets de l'article 38 de l'Accord d'association à la lumière des effets horizontaux qu'elle conféra à l'article 39 TCE [actuel article 45 TFUE] à l'occasion de sa jurisprudence *Bosman* : CJCE, 26 février 1986, *M. H. Marshall contre Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, préc., pt. 48 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman*, C-415/93, pt. 83, *Rec. p. I-4921*.

le droit primaire comme les destinataires des obligations conventionnelles. Il eut dès lors été possible d'écarter les personnes privées des titulaires potentiels de ces obligations. Or, tel ne fut pas le choix de la Cour. Dans l'affaire *Kolpak*⁷²⁵, un joueur de handball alléguait une violation de l'article 38 de l'Accord d'association CEE-Slovaquie⁷²⁶, qui prohibait la discrimination des résidents slovaques dans leurs conditions de travail, par la fédération allemande de Handball. En donnant droit à la requête de M. Kolpak, la juridiction de l'Union a admis qu'une stipulation conventionnelle dotée d'effet direct puisse créer des obligations à la charge des particuliers, et donc produire des effets horizontaux⁷²⁷. La Cour a adopté la même solution et donc confirmé cette orientation jurisprudentielle dans l'arrêt *Simutenkov* en concluant à la violation de l'Accord de coopération CEE–Russie⁷²⁸ par la Fédération espagnole de Football⁷²⁹. Il ressort des arrêts *Kolpak*⁷³⁰ et *Simutenkov*⁷³¹ que l'effet direct des accords internationaux est susceptible de générer des obligations à la charge des particuliers.

261. Enfin, la Cour de justice et le Conseil d'État n'ont pas non plus réfuté l'effet direct vertical descendant des normes conventionnelles. Marie Gautier a soulevé une question intéressante à ce propos, remarquant que « *dès lors que leur conditionnalité relative leur interdit une applicabilité directe dans l'ordre juridique national et que l'État a été défaillant à adopter les mesures permettant de les mettre en œuvre, est-il logique, voire – osons le mot – juste de permettre à l'État de s'en prévaloir contre les particuliers* »⁷³². En d'autres termes, selon l'auteure, l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* s'oppose à l'invocabilité des règles conventionnelles par l'État contre les personnes privées. Partant, il apparaît nécessaire qu'à l'avenir les juridictions de Paris et Luxembourg excluent le droit des autorités publiques de se prévaloir des règles conventionnelles à l'encontre des personnes

⁷²⁵ CJCE, 8 mai 2003, *Deutscher Handballbund contre Maros Kolpak*, C-438/00, Rec. p. I-4135.

⁷²⁶ Accord européen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République slovaque, d'autre part, approuvé au nom des Communautés par la décision 94/909/CECA, du Conseil et de la Commission, du 19 décembre 1994, *JOCE*, L 359, 31 décembre 1994, pp. 1-202.

⁷²⁷ CJCE, 8 mai 2003, *Deutscher Handballbund contre Maros Kolpak*, C-438/00, pts. 31-36.

⁷²⁸ Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Fédération de Russie, d'autre part, signé à Corfou le 24 juin 1994 et approuvé au nom des Communautés par la décision 97/800/CECA, CE, Euratom du Conseil et de la Commission, du 30 octobre 1997, *JOCE*, L 327, p. 1.

⁷²⁹ CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre Ministerio de Educación y cultura and Real federación Española de Fútbol*, préc.

⁷³⁰ CJCE, 8 mai 2003, *Deutscher Handballbund contre Maros Kolpak*, préc.

⁷³¹ CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre Ministerio de Educación y cultura and Real federación Española de Fútbol*, préc.

⁷³² Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 571

privées, à tout le moins dans l'intervalle temporel qui précède leur exécution par les autorités normatives législatives et exécutives des ordres juridiques français et de l'Union.

262. Il est clair qu'en l'état actuel de la jurisprudence, la théorie de l'invocabilité du droit international général doit être dissociée de celle du droit de l'Union. Elle n'a pas bénéficié des mêmes affinements, tant au niveau de l'autonomisation de l'invocabilité d'éviction qu'à celui de la gradation des incidences de l'effet direct. De sorte que la théorie subjective de l'invocabilité du droit conventionnel s'enferme dans un schéma sans nuances qui crée deux alternatives aux conséquences radicalement opposées. Soit la norme d'origine internationale est porteuse de droits subjectifs et l'application de tous les effets qui s'attachent à de tels droits peut être réclamée au juge ; soit elle ne l'est pas et elle ne peut alors être invoquée que pour orienter les interprétations que le juge retient du droit interne. Cette absence de dégradé dans les formes de l'invocabilité joue immanquablement au détriment de l'application décentralisée du droit international général. La reconnaissance de l'invocabilité de la norme conventionnelle est en effet opérée par l'admission d'un effet direct intégral, qui permet son application dans le cadre des litiges horizontaux et verticaux. Si bien que la Cour de justice et le Conseil d'État peuvent être réticents à attribuer l'effet direct à des règles conventionnelles, en raison de la gravité des conséquences attachées à l'effet direct de ces règles, qui deviennent alors susceptibles d'engendrer des obligations dans le chef des personnes privées. La prudence du juge, générée par la volonté de ne pas multiplier les obligations conventionnelles dans le patrimoine juridique des individus, est une conséquence néfaste de cette théorie manichéenne de l'invocabilité, car elle amenuise l'effectivité du droit d'origine internationale dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. Il ressort en effet des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État que la satisfaction des critères de l'effet direct n'est pas admise aisément, comme le démontre l'examen des méthodes d'interprétation des critères de l'effet direct utilisées par ces juridictions.

§ 2. La convergence des méthodes d'interprétation des critères de l'effet direct

263. L'appréciation de l'effet direct est la question d'interprétation des règles conventionnelles la plus fréquemment portée à la connaissance des juridictions internes⁷³³. Les règles secondaires définissant les méthodes d'interprétation du droit conventionnel ne sont pas harmonisées dans les ordres juridiques internes, car les directives d'interprétation des traités – inscrites dans la Convention de Vienne – ne lient que l'office des juridictions internationales⁷³⁴. L'analyse comparée des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État amène cependant au constat d'une convergence des méthodes d'interprétation des accords internationaux employées par les juridictions de Paris et Luxembourg.

264. L'arrêt *GISTI et FAPIL*⁷³⁵ du Conseil d'État a conduit à un rapprochement des critères employés par la Cour de justice et le Conseil d'État pour attribuer l'effet direct à une norme conventionnelle⁷³⁶. Il vient ainsi remédier à une jurisprudence du Conseil d'État « *qui pêchait sans doute, quant à la définition de ses critères, par un excès de laconisme confinant au déficit de théorisation* »⁷³⁷. L'observateur en était alors réduit à examiner les décisions d'espèce pour dresser « *une empirique cartographie dont le résultat tenait plus souvent des Balkans que de la Pangée* »⁷³⁸. La « pangéisation » des critères par la jurisprudence *GISTI et FAPIL*⁷³⁹, dont rien ne permet d'assurer qu'elle résistera à tout mouvement tectonique, implique de placer l'arrêt de 2012 à l'épicentre de l'étude des critères actuellement utilisés par le Conseil d'État pour se prononcer sur l'effet direct des règles conventionnelles.

265. Le critère subjectif de l'effet direct est examiné par la très haute juridiction administrative « *eu égard à l'économie générale du Traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et*

⁷³³ Pieter Jan KUIJPER, « The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo CANNIZZARO (dir.), *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, op. cit., p. 257.

⁷³⁴ André NOLLKAEMPER, « The power of secondary rules of International Law to connect the international and national legal orders », Amsterdam Center of International Law Working Paper, novembre 2009, disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1515771>, pp. 5-7.

⁷³⁵ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁷³⁶ V. en ce sens, Jean-Sylvestre BERGE, « Les mots de l'interaction : compétence, applicabilité et invocabilité », *J.D.I. (Clunet)*, 2012, pp. 1005-1020.

⁷³⁷ Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Les aléas de l'effet direct », préc., p. 937.

⁷³⁸ *Ibid* ; c'est également le constat opéré par Denis ALLAND dans son étude relative à l'effet direct des stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant, (« L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 203-244).

⁷³⁹ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

à ses termes », tandis que la satisfaction du critère objectif implique qu'il ne « nécessite aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ». Les termes de cet arrêt donnent un écho à la jurisprudence de la juridiction de l'Union qui estime que le critère subjectif est satisfait « lorsque la nature et l'économie du traité dont il s'agit permettent un contrôle de la validité de l'acte du droit de l'Union »⁷⁴⁰, alors que le critère objectif exige que « la disposition invoquée comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur »⁷⁴¹. La convergence des méthodes d'interprétation employées pour apprécier l'effet direct des stipulations conventionnelles reste cependant plus incertaine. Mais la rigueur croissante dont fait preuve le Conseil d'État lorsqu'il est amené à examiner le critère objectif dessine l'ébauche d'une cohérence entre les techniques d'interprétation des conditionnalités de l'effet direct dont la très haute juridiction administrative et la Cour de justice font usage⁷⁴². Une telle harmonisation de l'herméneutique de ces deux juridictions est souhaitable du point de vue des justiciables et de leurs conseils. Celle-ci permettrait en effet de ne plus subir une fluctuation des conditions d'invocabilité des accords mixtes selon la sphère de compétence – française ou unionnaire – dont relève la stipulation invoquée.

266. En premier lieu, le critère subjectif de l'effet direct exige que l'objet de la règle conventionnelle invoquée soit la création de droits au bénéfice des individus (A). En second

⁷⁴⁰ CJCE, 5 octobre 1994, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, préc., pt. 9 ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 54.

⁷⁴¹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 55.

⁷⁴² La très haute juridiction administrative juge ainsi que « par l'article 15 de la charte sociale européenne [...], les États signataires s'engagent "à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible", "à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées" [...] ; que ces stipulations, qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers, ont pour objet exclusif de régir les relations entre États ; que, par suite, l'association requérante ne peut utilement s'en prévaloir ; [...] l'association requérante se prévaut du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention relative aux droits des personnes handicapées, [...] selon lequel : "Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés" ; que toutefois ces stipulations, qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers, ne peuvent utilement être invoquées...», CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc., pts. 8 et 9.

lieu, et il s'agit là de l'épicentre de l'effet direct⁷⁴³, la norme invoquée doit être suffisamment claire et inconditionnelle pour définir par elle-même la substance de ce droit (B).

A. Le déclin du critère subjectif de l'effet direct

267. Pour établir l'effet direct d'un accord international, le juge examine si son objet consiste en la création de droits au bénéfice des individus. Le destinataire de la norme conventionnelle invoquée doit ainsi être une personne privée, physique ou morale⁷⁴⁴. Ce critère a longtemps constitué le principal obstacle à la reconnaissance de l'effet direct des stipulations conventionnelles par les juridictions administratives françaises. Mais l'abandon du critère rédactionnel, opéré à l'occasion de l'arrêt *GISTI et FAPIL*⁷⁴⁵, devrait modérer le potentiel de nuisance de la conditionnalité de l'objet de l'accord à l'endroit de l'effectivité du droit conventionnel dans l'ordre juridique français. Depuis cet arrêt, l'effet direct d'une obligation conventionnelle ne peut plus être exclu au seul motif que ses termes désignent l'État comme destinataire de l'obligation qu'elle impose. De la même manière que la Cour de justice, la très haute juridiction administrative attache désormais davantage d'importance à la finalité du traité invoqué. Or, il est très rare qu'en utilisant cet indice, la Cour de justice juge une règle conventionnelle dépourvue d'effet direct sur le fondement de son inaptitude à produire des droits⁷⁴⁶.

268. L'alignement des terminologies employées pour désigner le critère subjectif de l'effet direct (1) préfigure un mouvement de convergence des méthodes employées par les juridictions de Paris et de Luxembourg pour examiner s'il est satisfait (2).

⁷⁴³ Le rôle central du critère objectif dans l'appréciation de l'effet direct n'est pas une spécificité des offices de la Cour de justice et des juridictions administratives. En effet, ainsi que l'observe André NOLLKAEMPER, « *across jurisdictions, there is a wide practice in which the main condition of direct effect is whether or not the content of the provision is sufficiently complete to be given such effect* », (*National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, p. 136). Traduction : « dans la pratique des tribunaux, il existe un certain consensus pour accorder à l'examen de la complétude de la règle la qualité de condition principale de l'effet direct ».

⁷⁴⁴ Béragère TAXIL, « Les normes internationales », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, *op. cit.*, p. 445.

⁷⁴⁵ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁷⁴⁶ Panos KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, *op. cit.*, p. 244. Seule la Convention de Montego Bay a jusqu'à présent vu son invocabilité écartée sur ce fondement : CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc.

1) L'individu destinataire de la norme conventionnelle

269. Pour être d'effet direct, une stipulation conventionnelle doit être une norme créatrice de droits ou d'obligations pour les individus. Le Conseil d'État n'explicite pas dans ses arrêts ce lien essentiel entre droits individuels et critère subjectif de l'effet direct. Toutefois, dès lors que la très haute juridiction administrative juge qu'une norme ayant pour unique objet la création d'obligations entre les parties contractantes ne peut revêtir d'effet direct, elle établit ce lien en négatif⁷⁴⁷. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Bouilliez*⁷⁴⁸, Frédéric Scanvic évoquait déjà cette *summa divisio* qui distingue les accords régissant les relations entre États de ceux qui ont pour objet de conférer des droits aux personnes privées, en soulignant que « *l'objet même de la convention [...] peut être par nature une affaire d'État ou une affaire de droit pour les citoyens* »⁷⁴⁹. Appelé à son tour à se prononcer sur la substance du critère subjectif, Ronny Abraham en dessinait des contours similaires en affirmant que « *l'effet direct est écarté lorsque l'objet même [de la norme conventionnelle] est de régler exclusivement les relations entre États parties et non pas de garantir des droits au bénéfice des particuliers. Dans ce cas, c'est la considération que les destinataires de la règle posée ne sont pas les individus* » qui exclut l'effet direct⁷⁵⁰. La section des études du Conseil d'État a ensuite repris à son compte en 2000 les travaux des Commissaires du gouvernement Frédéric Scanvic et Ronny Abraham lorsqu'elle a affirmé que « *[c]e caractère (auto exécutoire) suppose [...] que les parties à la Convention aient entendu créer des droits et obligations pour les particuliers et qu'elles ne se soient pas bornées à régler les relations entre États* »⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Rappelons que le Conseil d'État a présenté l'effet direct comme l'aptitude d'un accord international à créer un droit subjectif, dès lors qu'il a jugé que les accords qui en sont dépourvus « *créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux [particuliers]* » : CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, préc. ; CE, 10 mai 2006, *Mao*, n°274094, inédit. Il est également à noter que la référence aux droits est supprimée dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*, la Cour préférant se référer aux « *effets* » produits à l'égard des particuliers : CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁷⁴⁸ CE, sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, n°111946-111949, *Leb.* p. 15.

⁷⁴⁹ Frédéric SCANVIC, « La place de l'individu au regard des conventions internationales », conclusions sur CE, 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, préc., p. 798.

⁷⁵⁰ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

⁷⁵¹ SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, op. cit., 2000, p. 56.

270. La nature individuelle du destinataire de la stipulation conventionnelle reste actuellement déterminante pour établir si son objet lui confère une aptitude à produire un effet direct. Dans son récent arrêt d'assemblée *GISTI et FAPIL*, le Conseil d'État a ainsi jugé qu'« une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, [...] elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États »⁷⁵². En pratique, le critère subjectif a régulièrement servi d'appui pour exclure l'effet direct des stipulations conventionnelles qui, selon la formule usuellement employée par la très haute juridiction administrative, « ne créent seulement des obligations entre les États parties »⁷⁵³.

271. Le changement de vocable opéré à l'occasion de la jurisprudence *GISTI et FAPIL*, ne faisant plus référence aux obligations interétatiques mais aux relations interétatiques régies par la convention, témoigne d'une dynamique d'élargissement du champ des règles conventionnelles que le Conseil d'État juge susceptibles de créer des droits au bénéfice des personnes privées. En effet, la création d'obligations interétatiques par une stipulation conventionnelle n'implique plus nécessairement que l'individu ne puisse pas être concerné par celle-ci. Oubliée un temps⁷⁵⁴, la logique de l'arrêt *Bouilliez*⁷⁵⁵, qui a mis « en lumière qu'une stipulation ayant explicitement pour objet de régler les relations consulaires entre États parties n'en est pas moins d'effet direct, dès lors qu'elle crée aussi des droits »⁷⁵⁶ au bénéfice de leurs ressortissants, a retrouvé grâce aux yeux des juges du Conseil d'État.

272. Plus encore, il n'est pas exclu que l'assemblée du contentieux ait alors voulu acclimater au champ conventionnel la théorie unionaire du parallélisme des droits et obligations : la création d'obligations à la charge des parties contractantes aurait pour effet corrélatif de conférer aux personnes privées qui en sont les ressortissants le droit d'obtenir

⁷⁵² CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁷⁵³ A titre d'illustration, les articles 6, paragraphe 4 ; 6, paragraphe 6 ; 6, paragraphe 8 ; 6, paragraphe 9 ; 7 et 8 de la Convention d'Aarhus sont jugés dépourvus d'effet direct sur ce fondement : CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc. ; V. également, l'article 19 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 : CE, 21 novembre 2003, *Société suisse de radiodiffusion et télévision*, n°239898, *Leb.* p. 458 ; les articles 6 et 9 de la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe : CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, n°204756, *Leb.* p. 581 ; la Convention de Chicago en date du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale dans son ensemble : CE, 7 octobre 1998, *Larquetoux*, *Leb.* p. 667 ; l'article 5 de la Convention d'extradition franco-grenadine de 1850 : CE, 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, préc.

⁷⁵⁴ V. en dernier lieu, concernant la Convention d'Aarhus, CE 28 mars 2011, *Collectifs contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et de Migné-Auxances*, n°330256, *Tables Leb.* p. 967.

⁷⁵⁵ CE, sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, préc.

⁷⁵⁶ Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Les aléas de l'effet direct », préc., p. 937.

sanction de leur violation⁷⁵⁷. À la différence du droit communautaire, ce parallélisme n'instaure cependant qu'une présomption réfragable de satisfaction du critère subjectif de l'effet direct⁷⁵⁸. Le caractère purement diplomatique d'un traité, exclusif de l'effet direct, peut ainsi être établi lorsque celui-ci a pour seul objet de régir les relations entre États.

273. L'arrêt *Promotion des aveugles et amblyopes de France*⁷⁵⁹ est cependant venu décevoir les espoirs de dilution du recours au critère subjectif pour écarter l'effet direct placés dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*⁷⁶⁰. Le Conseil d'État a en effet estimé que par « l'article 15 de la charte sociale européenne révisée, signée à Strasbourg le 3 mai 1996, les États signataires s'engagent "à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible", "à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées" et "à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures [...] visant à surmonter des obstacles à la communication et à la mobilité" ; que ces stipulations [...] ont pour objet exclusif de régir les relations entre États ; que, par suite, l'association requérante ne peut utilement s'en prévaloir »⁷⁶¹. Pourtant l'effet direct de l'article 15 de la Charte sociale européenne, dont l'objet est de toute évidence la création de droits-créances, aurait aisément pu être écarté sur le fondement du critère de la complétude des stipulations conventionnelles. Il était à souhaiter que cet arrêt ne marque pas le début d'un retour à la sollicitation aléatoire des critères de l'effet direct, autrement dit l'échec de l'effort de rationalisation de leur emploi initié par l'arrêt *GISTI et FAPIL*⁷⁶². Les inquiétudes suscitées par l'arrêt *Promotion des aveugles et amblyopes de France*⁷⁶³ ont néanmoins été modérées par la jurisprudence ultérieure, dans la mesure où, depuis cette affaire, le Conseil d'État ne s'est plus fondé sur le critère subjectif de l'effet direct pour écarter l'invocabilité de règles conventionnelles⁷⁶⁴. Il a en outre depuis attribué un effet direct

⁷⁵⁷ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., pp. 565-566.

⁷⁵⁸ Yann AGUILA, « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 729-732 (731).

⁷⁵⁹ CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes*, préc.

⁷⁶⁰ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁷⁶¹ CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes*, préc.

⁷⁶² CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁷⁶³ CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes*, préc.

⁷⁶⁴ Ce constat est opéré à l'examen des arrêts prononcés par le Conseil d'État entre le 4 juillet 2012 et le 16 septembre 2014.

à l'article 24 de la même Charte qui prohibe les licenciements non motivés⁷⁶⁵, jugeant que ses stipulations, « dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers peuvent être invoquées »⁷⁶⁶ par la victime d'un licenciement. Il en résulte que, par son arrêt *Promotion des aveugles et amblyopes de France*, le Conseil d'État n'a pas écarté l'invocabilité de la Charte sociale européenne dans sa globalité sur le fondement de l'insatisfaction du critère subjectif de l'effet direct. Mais il a initié un travail d'évaluation casuistique de l'objet des normes qui le composent, qui tend à dissocier les stipulations qui régissent les relations entre États, de celles qui prennent l'individu pour destinataire.

274. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, « la nature et l'économie de l'accord »⁷⁶⁷ invoqué sont examinées afin de déterminer si l'ensemble de ses stipulations sont susceptibles de produire un effet direct. Les éléments examinés pour déterminer la nature et l'économie d'un accord invoqué devant la Cour varient selon qu'est invoqué un accord conclu sous l'égide de l'OMC, ou un autre instrument conventionnel⁷⁶⁸. La complexité repose donc ici sur le fait qu'à un concept, « la nature et de l'économie des Traités » répondent deux critères⁷⁶⁹. La condition de réciprocité fait ainsi échec à l'invocabilité des règles OMC⁷⁷⁰, tandis que c'est la nature strictement interétatique des obligations créées par le traité qui s'oppose à l'invocabilité de tout autre instrument conventionnel. Dans cette dernière hypothèse, la Cour vérifie que ledit accord affecte bien la situation juridique de la personne privée qui

⁷⁶⁵ L'article 24 de la Charte sociale européenne stipule qu'« [e]n vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : / a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; / b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée ».

⁷⁶⁶ CE, 10 février 2014, *Commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat*, n°358992, *nep*, pt. 5.

⁷⁶⁷ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 54 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 45 ; CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares Airline Association*, préc., pt.45 ; initialement, la Cour faisait référence à « l'esprit, l'économie et les termes de l'accord » : CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, préc., pt. 20.

⁷⁶⁸ Pour une analyse de l'hybridité de la notion de "la nature et de l'économie" des accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice, V. *supra*, ce Titre, chapitre 2, Section 1, § 3, B, 2).

⁷⁶⁹ Paolo MENGOZZI, « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits- Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, *op. cit.*, p. 888.

⁷⁷⁰ Pour une présentation de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la réciprocité d'application des accords OMC, V. *supra*, ce Chapitre, Section 1, § 3, B, 1).

l'invoque⁷⁷¹. D'un côté, le défaut d'application réciproque écarte les accords OMC du rang des critères de la légalité des actes de l'Union. De l'autre côté, l'inaptitude d'un accord à créer des droits subjectifs les prive d'effet direct et fait alors obstacle à l'invocabilité de l'ensemble de l'accord par les personnes privées. De sorte que le défaut d'application réciproque a vocation à s'opposer à l'invocabilité des accords OMC par tout requérant⁷⁷², tandis que seuls les particuliers sont écartés du champ des justiciables qui peuvent se prévaloir de stipulations conventionnelles non créatrices de droits⁷⁷³.

275. Ce n'est que par brèves incises que l'affectation de la situation juridique des personnes privées est désignée comme étant déterminante dans la reconnaissance de l'aptitude des règles conventionnelles à produire un effet direct. Les jurisprudences *American air transport association*⁷⁷⁴ et *Intertanko*⁷⁷⁵ sont symptomatiques de la prudence de la Cour, qui se garde d'établir un lien entre l'aptitude d'une stipulation conventionnelle à produire un droit subjectif et son effet direct dans les considérants de principe dédiés à la définition substantielle du critère subjectif⁷⁷⁶. Il faut donc analyser l'appréciation *in casu* de la satisfaction du critère subjectif des accords invoqués pour en déterminer la substance. Lorsque la juridiction de l'Union a examiné la nature et l'économie de l'Accord «*Ciel ouvert*»⁷⁷⁷ dans l'affaire *American air transport association*, elle a jugé que «*les transporteurs aériens établis sur le territoire des parties à l'accord "ciel ouvert" sont [...] spécifiquement visés par cet accord. Sont particulièrement révélateurs à cet égard les articles 3, paragraphes 2 et 5, ainsi que 10 de celui-ci, dispositions qui tendent à conférer directement des droits à ces transporteurs, tandis que d'autres dispositions de cet accord tendent à leur imposer des obligations*»⁷⁷⁸. Ce

⁷⁷¹ Panos KOUTRAKOS observe ainsi que la Cour examine la condition qui suit : «*the agreement in question should be capable, in the light of its objectives and spirit, of conferring rights upon individuals*», Panos KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, op. cit., p. 242.

⁷⁷² À l'exception notable de la Commission, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁷⁷³ Pour une analyse approfondie de l'invocabilité des stipulations conventionnelles non créatrices de droits par les requérants privilégiés, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁷⁷⁴ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc.

⁷⁷⁵ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc.

⁷⁷⁶ En effet, la Cour n'explicite pas le contenu du critère subjectif de l'effet direct lorsqu'elle y opère une référence abstraite. Celui-ci est satisfait «*lorsque la nature et l'économie du traité dont il s'agit permettent un contrôle de la validité de l'acte du droit de l'Union au regard des dispositions de ce traité*», CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 54 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 45.

⁷⁷⁷ L'accord sur les services aériens entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part, d'avril 2007, *JOCE*, L 134, 25 mai 2007, p. 4 ; l'accord est usuellement désigné par la Cour sous la dénomination accord «*ciel ouvert*», il en sera de même dans nos développements.

⁷⁷⁸ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 82. Nous soulignons.

n'est donc qu'à la faveur de l'examen concret de l'invocabilité des stipulations invoquées que la Cour assimile explicitement le critère subjectif de l'effet direct à l'aptitude de l'accord à générer des droits et obligations dans le patrimoine juridique des personnes privées⁷⁷⁹. En outre, ce lien a été explicité dans les conclusions de l'avocat général Julianne Kokott, auxquelles l'arrêt renvoie dans ses motifs : « *une convention internationale ne peut être invoquée par des particuliers (personnes physiques ou morales) en tant que norme au regard de laquelle s'apprécie la légalité d'un acte d'un organe de l'Union que si, de par sa nature et son économie, elle est susceptible de conférer aux particuliers des droits dont ils peuvent se prévaloir devant les juridictions* »⁷⁸⁰. Cette réticence de la Cour à formaliser dans un considérant de principe le lien entre effet direct du droit conventionnel et affectation de la situation juridique individuelle était déjà perceptible dans l'arrêt *Simutenkov*⁷⁸¹. La juridiction de l'Union y dégageait l'effet direct de l'article 23, paragraphe 1 de l'accord CEE-Russie en vertu de sa propension à « *régir directement la situation juridique des particuliers* »⁷⁸².

276. La jurisprudence *Intertanko* a plus clairement explicité le lien entretenu par l'effet direct d'une norme conventionnelle avec son aptitude à produire des droits. La Cour de justice a en effet jugé à sa faveur qu'« *il convient de constater que la Convention de Montego Bay ne met pas en place des règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux particuliers et à conférer à ces derniers des droits ou des libertés susceptibles d'être invoqués à l'encontre des États, indépendamment de l'attitude de l'État du pavillon du navire. Il s'ensuit que la nature et l'économie de la Convention de Montego Bay s'opposent à ce que la Cour puisse apprécier la validité d'un acte communautaire au regard de cette dernière* »⁷⁸³. Partant, la juridiction de l'Union érigeait l'affectation de la situation juridique des personnes privées en critère autonome de l'effet direct des stipulations conventionnelles. En outre, elle confirmait que l'examen de l'aptitude d'une règle conventionnelle à produire un droit

⁷⁷⁹ La Cour de justice a appliqué un raisonnement de ce type dans l'affaire *IATA* aux fins de déterminer l'effet direct des articles 19, 22 et 29 de la Convention de Montréal sur la responsabilité des transporteurs aériens : CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares airline Association*, préc., pts. 37-39 ; V. également Yves BOT, 15 mai 2012, conclusions sur CJUE, *Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson contre Deutsche Lufthansa AG et TUI Travel plc, British Airways plc, easyJet Airline Co. Ltd, International Air Transport Association, The Queen contre Civil Aviation Authority*, C-581 et 629/10, *nep*.

⁷⁸⁰ Juliane KOKOTT, 6 octobre 2010, conclusions sur CJUE, *The Air Transport Association of America e.a.*, C-366/10, *Rec. p. I-13755*, pt. 71.

⁷⁸¹ CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre Ministerio de Educación y cultura and Real federación Española de Fútbol*, préc.

⁷⁸² CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Simutenkov*, préc., pt. 28.

⁷⁸³ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pts. 64-65.

subjectif s'opère en étudiant la nature et de l'économie de la globalité de l'accord international dont elle relève, et non en analysant ce dernier stipulation par stipulation⁷⁸⁴. De sorte que le critère subjectif permet d'exclure ou, au contraire, de présumer l'effet direct (il faut encore examiner le critère de la complétude) de l'accord international *in globo*.

277. Piet Eeckhout a écrit que, dans l'affaire *Intertanko*, la Cour a clairement concentré son analyse de l'effet direct sur l'examen de l'existence de droits subjectifs conventionnels⁷⁸⁵. En d'autres termes, l'engagement international invoqué doit conférer des droits qui modifient la situation juridique du requérant, pour que celui-ci puisse obtenir du juge la protection de ceux-ci⁷⁸⁶. Enzo Cannizzaro a déploré cette subordination de l'effet direct à l'existence d'un droit subjectif international, en partant du constat que les règles conventionnelles attributives de droits qui peuvent être mises en œuvre dans l'ordre international sont singulièrement rares⁷⁸⁷. Il est certain que l'adoption des méthodes d'appréciation de l'existence d'un droit subjectif international – beaucoup plus strictes que celles habituellement employées par la Cour – serait préjudiciable à l'effectivité du droit conventionnel dans l'ordre juridique de l'Union.

278. Le critère subjectif de l'effet direct conduit ainsi les juridictions de Paris et de Luxembourg à rechercher si la convention invoquée prend l'individu pour destinataire. Les méthodes employées par le Conseil d'État pour établir cette propriété de la règle conventionnelle tendent actuellement à se rapprocher de celles de la Cour de justice.

⁷⁸⁴ Koen LENAERTS observe que pour déterminer l'aptitude d'un accord international à créer des droits et obligation, « *the ECJ will examine the nature, wording and purpose of the agreement as a whole* », (« Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (56). Traduction : « La Cour de justice va examiner la nature, la lettre et la finalité de l'accord *dans son ensemble* ».

⁷⁸⁵ Piet EECKHOUT fait ainsi état d'une « *rights-based approach* » de l'effet direct, (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, *op. cit.*, pp. 331-383).

⁷⁸⁶ V. Julianne KOKOTT, conclusions sur CJUE, 6 octobre 2010, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 72.

⁷⁸⁷ Enzo CANNIZZARO remarque ainsi que « *the [intertanko] judgement is base on the premise that the effect of provisions of an agreement within the European legal order must coincide with its effect under international law. This conclusion appears to be in accordance with the need to respect the international origin of treaty-based rights. However, beyond the theoretical suggestion, its practical effect would be to nullify the domestic effect of international law. Agreements which confer rights to individuals enforceable in the international legal order are notoriously rare* », (« The neo-monism of the European Union legal order », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, p. 49). Traduction: « la jurisprudence *Intertanko* est basée sur l'hypothèse que l'effet des stipulations d'un accord dans l'ordre juridique de l'Union européenne doit coïncider avec celui qu'il produit dans l'ordre international. Cette conclusion semble s'accorder avec la nécessité de respecter l'origine internationale des droits tirés des traités. Cependant, au-delà de cette satisfaction théorique, sa conséquence pratique serait d'annuler l'effet interne du droit international. Les accords qui confèrent aux particuliers des droits subjectifs dans l'ordre juridique international sont notoirement rares ». Pour une analyse critique approfondie du critère subjectif de l'effet direct, V. *infra*, cette partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

2) Les techniques d'interprétation de l'aptitude d'une règle conventionnelle à créer des droits

279. Le Conseil d'État et la Cour de justice ont longtemps employé des méthodes différentes pour interpréter la vocation des accords internationaux à créer des droits dans le chef des particuliers. Tandis que la juridiction de l'Union a toujours accordé une importance prégnante au but et à la finalité d'une règle conventionnelle pour déterminer son aptitude d'une règle conventionnelle à créer un droit (a), le Conseil d'État français a longtemps préféré se concentrer sur la formulation des stipulations invoquées pour étudier cette propriété de la norme internationale. Ce n'est qu'à l'occasion de l'arrêt *GISTI et FAPIL* qu'un mouvement de convergence de la jurisprudence des deux juridictions s'est initié en la matière, dans la mesure où les juges du Palais Royal ont manifesté leur volonté d'adhérer à la méthode téléologique pratiquée par la juridiction de l'Union européenne (b).

a) *Le primat de la finalité du traité dans la jurisprudence de la Cour de justice*

280. L'aptitude d'un accord international à produire un droit subjectif conventionnel doit être vérifiée dès lors que les parties contractantes n'ont pas textuellement consacré ou dénié son invocabilité⁷⁸⁸. Dans l'arrêt *Intertanko*, la Cour de justice explicite les indices qu'elle estime pertinents pour se prononcer sur cette propriété de la règle conventionnelle. Il doit ainsi ressortir « *du but, du préambule et des termes* » de l'accord invoqué, que sa nature et son économie « *ne s'opposent pas à l'examen de la validité des actes communautaires au regard des dispositions de cette convention* »⁷⁸⁹. L'appréciation délivrée par la Cour de l'aptitude d'un traité à créer des droits subjectifs s'appuie donc sur deux techniques interprétatives : la méthode téléologique qui consiste à rechercher la finalité de l'accord (i) et la méthode systématique qui s'appuie sur l'analyse de son préambule et de ses termes (ii).

⁷⁸⁸ Rappelons qu'à l'occasion de l'arrêt *Kupferberg*, la Cour de justice a jugé que « [c]e n'est que si cette question n'a pas été réglée par l'accord qu'il incombe aux juridictions compétentes et en particulier à la Cour, dans le cadre de sa compétence en vertu du Traité, de la trancher au même titre que toute autre question d'interprétation relative à l'application de l'accord de la Communauté » : CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg Mainz contre C.A. Kupferberg*, préc., pt. 17.

⁷⁸⁹ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 54.

i) L'interprétation téléologique

281. Bien que l'Union européenne ne soit pas partie à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Cour de justice y a fait plusieurs fois référence⁷⁹⁰ et une adhésion aux lignes directrices d'interprétation définies par celle-ci paraît se dessiner. Aux termes de son article 31-1: « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁷⁹¹. La juridiction de l'Union s'est expliquée dans l'arrêt *Brita* sur les motifs de l'application de la Convention de Vienne qui ne la lie pourtant pas formellement : « conformément à l'article 3, sous b), de cette convention, le fait qu'elle ne s'applique pas aux accords internationaux conclus entre des États et d'autres sujets du droit international ne porte pas atteinte à l'application à ces accords de toutes règles énoncées dans ladite convention auxquelles ils seraient soumis en vertu du droit international indépendamment de cette même convention. Il s'ensuit que les règles contenues dans la convention de Vienne s'appliquent à un accord conclu entre un État et une organisation internationale, tel que l'accord d'association CE-Israël, dans la mesure où ces règles sont l'expression du droit international général de nature coutumière. L'accord d'association CE-Israël doit, par conséquent, être interprété suivant ces règles »⁷⁹².

282. Cet appel à la Convention de Vienne – qualifiée de « *international law friendly* »⁷⁹³ en doctrine – a offert à la Cour une caution internationale à la prise en considération du but et de la finalité de l'accord invoqué pour apprécier son effet direct⁷⁹⁴. Même si la Convention de

⁷⁹⁰ CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la communauté, d'une part, et les pays de l'association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'espace économique européen*, avis 1/91, préc., pt. 14 ; CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Metalsa Srl contre Gaetano Lo Presti.*, C-312/91, Rec. p. I-3751, pt. 12 ; CJCE, 2 mars 1999, *Nour Eddline El-Yassini contre Secretary of State for Home Department*, C-416/96, Rec. p. I-1209, pt. 47 ; CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Jany*, préc., pt. 35 ; CJUE, 25 février 2010, *Firma Brita GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, C-386/08, Rec. p. I-1289, pts. 40-44.

⁷⁹¹ Il est à noter que l'article 31-2 précise que le contexte auquel fait référence l'article 31-1 comprend à titre principal le préambule et l'annexe du Traité soumis à interprétation : Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, préc.

⁷⁹² CJUE, 25 février 2010, *Firma Brita GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, préc., pts. 40-41.

⁷⁹³ Christina ECKES, « International Law as Law of the EU : the role of the Court of Justice », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 353-377 (367).

⁷⁹⁴ Plus ponctuellement, la Cour de justice a également fait référence aux différentes dispositions à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1986 qui, expriment « le droit international général coutumier, précisent, à cet égard, qu'un traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte, et à la lumière de son objet et de son but » : CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares airline Association*, préc., pt. 40.

Vienne invite les juges à s'appuyer prioritairement sur les termes des traités⁷⁹⁵, elle attribue également une importance non négligeable à l'étude de leurs finalités pour interpréter leurs stipulations. Mais, dans son office d'interprète de la règle conventionnelle, la Cour accorde à sa finalité une importance plus grande que celle qui lui est attribuée par la Convention de Vienne. Le but du traité, qui est désigné comme un outil d'éclaircissement des termes des traités selon les règles posées par la Convention de Vienne, se trouve en effet érigé en indice autonome et prioritaire de l'appréciation de la propension des règles conventionnelles à porter des droits subjectifs. Pieter Jan Kuijper remarque en ce sens que « [i]t is important to realize that the Courts apply the object and purpose of international agreement, not merely as an aid of interpretation of a specific provision of an international agreement, but they also have recourse to this technique when applying a kind of preliminary test of the nature and the structure of the agreement, which will determine whether the agreement as such capable of being given direct effect »⁷⁹⁶. La prise en considération de la finalité et du but de l'accord pour se prononcer sur l'effet direct des traités n'est pas une technique contraire aux prescriptions de la Convention de Vienne. Mais la singularité de la position de la Cour procède de ce qu'un indice désigné comme étant subsidiaire par ladite Convention – la finalité des traités – devient dans la jurisprudence de la Cour un motif de présomption de l'existence ou de l'inexistence de l'effet direct.

283. Le but et la finalité de l'accord ont toujours présenté un rôle central dans l'appréciation de la vocation des traités à régir la situation juridique des particuliers. L'examen de la finalité du traité s'est notamment avéré décisif pour dégager l'aptitude des accords d'association et de coopération à produire un effet direct. La Cour attribue avec un certain libéralisme l'effet direct à ces accords bilatéraux qui diffusent le droit matériel de l'Union dans l'ordre juridique d'États tiers⁷⁹⁷. Jan Klabbers se joint à ce constat lorsqu'il

⁷⁹⁵ Pierre-Marie DUPUY observe que « la priorité sinon la préférence accordée au texte lui-même [...] est marquée par la Convention [...]. C'est donc lui qu'il convient en premier lieu d'examiner en accordant à ses termes le sens qu'il est ou qu'il était normal, au moment de la conclusion de l'accord, de leur attribuer », (*Droit international public*, Paris, précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2014, p. 313).

⁷⁹⁶ Pieter Jan KUIJPER, « The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo Cannizzaro (dir.), *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, op. cit., p. 260. Traduction : « Il est important de réaliser que les juridictions [de la Cour de justice] appliquent l'objet et la finalité de l'accord international, non seulement pour orienter les interprétations d'une stipulation précise d'une convention internationale, mais ont également recours à cette technique lorsqu'ils appliquent une sorte d'examen préliminaire de la nature et de la structure de l'accord, qui va déterminer que celui-ci a vocation en lui-même à produire un effet direct ».

⁷⁹⁷ L'avocat général Niilo JÄÄSKINEN a relevé que cette position favorable à l'invocabilité des accords d'association, en observant qu'« en ce qui concerne la reconnaissance même de l'effet direct des dispositions

affirme, qu'en dépit d'une position généralement peu favorable à l'égard de l'invocabilité du droit international, «[t]he one exception concerns Association agreements and Partnership agreements, and does so precisely because these aim to radiate EU law outward. Their contents are international in form (i.e. a set of provisions ratified by the EU and its member states, and a third party), but are largely EU Law in their substance»⁷⁹⁸. Cette européanisation des accords d'association et de coopération se traduit dans les arrêts de la Cour par leur présentation dans la catégorie "droit de l'Union européenne" et non, comme le voudrait leur source formelle, dans la catégorie "droit international"⁷⁹⁹.

284. C'est précisément l'objectif de promotion du libre échange et du rapprochement économique poursuivi par certains accords d'association conclus entre la Communauté et les États aujourd'hui membres de l'Union comme la Grèce⁸⁰⁰, Chypre⁸⁰¹, la Pologne⁸⁰² ou encore la Bulgarie⁸⁰³ qui a plaidé en faveur de la reconnaissance de leur vocation à attribuer des droits aux personnes privées. Le refus initial opposé à l'effet direct de l'Accord d'association CEE-Turquie⁸⁰⁴, en raison de sa nature essentiellement programmatique, a de son côté été compensé par l'acceptation de l'invocabilité des décisions édictées par son Conseil d'association⁸⁰⁵. Concernant les accords d'association conclus avec les pays d'Afrique, des

d'un accord international, le juge de l'Union fait manifestement preuve de souplesse au sujet de l'invocabilité directe des accords avec des États tiers, notamment des accords d'association » : Niilo Jääskinen, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 61.

⁷⁹⁸ Jan KLABBERS, *The European Union in International Law*, op. cit., p. 89. Traduction: « La seule exception notable concerne les accords d'association et de coopération, en raison de leur vocation à faire rayonner le droit de l'Union à l'étranger. Leurs prescriptions sont formellement du droit international (c'est-à-dire un ensemble de stipulations ratifiées par l'Union européenne et ses États membres, et un tiers contractant), mais sont largement du droit de l'Union en substance ».

⁷⁹⁹ L'avocat général Cruz-Villalón note ainsi dans ses conclusions sur l'affaire *Demirkan* que, même si elle est formellement contestable, « [l]a classification de cet accord [CEE-Turquie] dans la catégorie du droit de l'Union est conforme aux usages », Pedro CRUZ VILLALÓN, 11 avril 2013, conclusions sur CJUE, *Leyla Ecem Demirkan contre Bundesrepublik Deutschland*, C-221/11, pt. 8, nbp. 4.

⁸⁰⁰ CJCE, 29 avril 1982, *Pabst et Richarz KG contre Hauptzollamt Oldenbourg*, 17/81, *Rec.* p. 1331.

⁸⁰¹ CJCE, 5 juillet 1994, *Anastasiou*, C-432/92, *Rec.* p. I-3087.

⁸⁰² CJCE, 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, C-63/99, *Rec.* p. I-6369 ; CJCE, 27 septembre 2001, *Barkoci et Malik*, *Rec.* p. I-6557 ; CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Jany*, préc.

⁸⁰³ L'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie a été signé le 12 septembre 1963, à Ankara par la République de Turquie, d'une part, ainsi que par les États membres de la CEE et la Communauté, d'autre part, et a été conclu, approuvé et confirmé au nom de cette dernière par la décision 64/732/CEE du Conseil, du 23 décembre 1963, *JOCE*, 29 décembre 1964, p. 3685. V. CJCE, 27 octobre 2001, *Kondova*, C-235/99, *Rec.* p. I-6427.

⁸⁰⁴ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc., pt. 15.

⁸⁰⁵ La jurisprudence relative à l'application des décisions du Conseil d'association est très abondante, à titre d'illustration : CJCE, 20 septembre 1990, *S.Z. Sevince contre staatssecretaris van justitie*, préc. ; pt. 20 ; CJCE, 17 avril 1997, *Selma Kadiman contre Freistaat Bayern*, C-351/95, *Rec.* p. I-2133 ; CJUE, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci Osman Inan*, C-7 et 9/10.

Caraïbes et du Pacifique (ACP)⁸⁰⁶, la Cour a reconnu que la Convention de Yaoundé⁸⁰⁷, puis la Convention de Lomé⁸⁰⁸, sont également susceptibles de conférer des droits aux personnes privées, au motif que leur finalité est de « *promouvoir le développement économique et social des États tiers* »⁸⁰⁹. Enfin, la même propriété est reconnue à l'Accord sur l'espace économique européen⁸¹⁰, en considération du « *renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes* » qu'il vise à promouvoir⁸¹¹.

285. Dès lors que les accords de coopération ont un objectif davantage programmatique que les accords d'association, il ne relevait pas de l'évidence que la Cour de justice admettrait leur aptitude à générer des droits dans le patrimoine juridique des personnes privées. Toutefois, la Cour a bien reconnu l'effet direct l'accord de coopération conclu avec le Portugal dans l'arrêt *Kupferberg*⁸¹². En dépit de la similitude de la structure institutionnelle des accords de coopération et de celle de l'accord GATT⁸¹³, les accords de coopération n'ont pas été analysés – au contraire du GATT – comme des engagements internationaux fondés sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels. La finalité de ces accords, qui ont pour objet de créer des relations privilégiées avec certains partenaires, a eu une influence décisive sur ce choix de la Cour⁸¹⁴. C'est ainsi que les accords de coopération conclus avec l'Espagne⁸¹⁵, le Maroc⁸¹⁶ et la Russie⁸¹⁷ furent jugés d'effet direct. À l'occasion de l'arrêt *Simutenkov*, la Cour a en effet

⁸⁰⁶ Il s'agit de la Convention de Yaoundé de 1969, remplacée par la Convention de Lomé en 1975 : Convention d'association entre la Communauté économique européenne et les États africains et malgache associés à cette Communauté, signée à Yaoundé le 29 juillet 1969, *JOCE*, L 282, 28 décembre 1970, pp. 2–30 ; Convention ACP-CEE de Lomé, signée à Lomé le 28 février 1975, *JOCE*, L 25, 30 janvier 1976, pp. 2–40.

⁸⁰⁷ Convention de Yaoundé de 1969, remplacée par la Convention de Lomé en 1975 : Convention d'association entre la Communauté économique européenne et les États africains et malgache associés à cette Communauté, signée à Yaoundé le 29 juillet 1969, préc.

⁸⁰⁸ Convention ACP-CEE de Lomé, signée à Lomé le 28 février 1975, préc.

⁸⁰⁹ Pour ce qui concerne la Convention de Yaoundé, V. CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani contre Amministrazione Italiana delle Finanze*, 87/75, *Rec.* p. 129 ; pour ce qui concerne la Convention de Lomé, V. CJCE, 5 décembre 1995, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Chiquita Italia SpA*, préc.

⁸¹⁰ Accord sur l'espace économique européen, *JOCE*, L 1, 3 janvier 1994, pp. 3-36.

⁸¹¹ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, T-115/94, *Rec.* p. II-43.

⁸¹² CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG*, préc.

⁸¹³ En témoigne la possibilité d'émettre des clauses de sauvegardes et l'existence d'un cadre institutionnel de règlement des différends.

⁸¹⁴ Drazen PETROVIC, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne : à la recherche d'un concept*, *op. cit.*, p. 237.

⁸¹⁵ CJCE 15 janvier 1985, *Sektkellerei C.A. Kupferberg & Cie KG a.A. contre Hauptzollamt Mainz*, préc.

⁸¹⁶ CJCE, 31 janvier 1991, *Office national de l'emploi contre Bahia Kziber*, C-18/90, *Rec.* p. I-199 ; CJCE, 20 avril 1994, *Zoubir Yousfi contre État belge*, C-58/93, *Rec.* p. I-1353 ; CJCE, 3 octobre 1996, *A. Hallouzi-Choho contre Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, C-126/95, *Rec.* p. 4807.

⁸¹⁷ CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre ministerio de educion y culura et Real Federación Española de Fútbol*, préc.

jugé que « lorsqu'un accord établit une coopération entre les parties, certaines dispositions inscrites dans celui-ci sont susceptibles [...], de régir directement la situation juridique des particuliers »⁸¹⁸. En définitive, Koen Lenaerts a remarqué que, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur l'effet direct des accords de coopération et d'association, « the ECJ has focused on the question whether the provisions are clear, precise and unconditional »⁸¹⁹. Autrement dit, le critère subjectif de l'effet direct est désormais présumé satisfait lorsqu'est invoqué un accord bilatéral de ce type. Sur ce point, les conditions dans lesquelles se déroule l'examen de l'effet direct de ces accords bilatéraux et du droit de l'Union d'origine interne sont devenues identiques⁸²⁰.

286. La finalité de ces nombreux accords de coopération et d'association conclus par l'Union a donc permis à la Cour de promouvoir leur invocabilité en désignant les particuliers comme leurs destinataires.

ii) L'interprétation systématique

287. Le contenu du préambule des accords revêt une importance certaine pour identifier les destinataires de leurs stipulations. À l'occasion de l'arrêt *Air Transport association of America*⁸²¹, la Cour s'est ainsi référée aux dispositions du préambule de l'Accord *Ciel*

⁸¹⁸ CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre ministerio de educion y culura et Real Federación Española de Fútbol*, préc., pt. 28. Cet arrêt a été analysé par certains commentateurs comme une application de la jurisprudence *Bosman* (CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman*, préc., pt. 83) à des faits relevant du champ droit conventionnel de l'Union. Ces deux affaires tendent en effet à limiter les entraves à l'accès au métier de sportif professionnel fondées sur la nationalité. Pour cette raison, Christophe HILLION a considéré que l'arrêt *Simutenkov* « symbolizes the Court's active transposition of notions of EC substantive and constitutional law into Community bilateral agreements, regardless to their teleological variation », (Christophe HILLION, « Case C-265/03, *Igor Simutenkov contre ministerio de educion y culura et Real Federación Española de Fútbol* », *CML Rev.*, 2008, pp. 815-840 (832-833). Traduction : « l'arrêt *Simutenkov* symbolise l'effort opéré par la Cour pour transposer les notions de droit constitutionnel et dérivé au sein des accords bilatéraux, sans égard pour leur différence de finalité »).

⁸¹⁹ Koen LENAERTS, « Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (59). Traduction : « la Cour se concentre sur le point de savoir si ces stipulations sont claires, précises et inconditionnelles ». V. également, Marc MARESCEAU, « The Court of Justice and Bilateral Agreements », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., pp. 693-717 (716).

⁸²⁰ Pour une analyse de la présomption de satisfaction du critère subjectif de l'effet direct qui bénéficie au droit de l'Union d'origine interne depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*, V. *supra*, cette Section, § 1, A, 1).

⁸²¹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc.

ouvert⁸²² pour déduire que ce traité avait pour objectif la libéralisation du secteur aérien, de sorte que la situation juridique des entreprises spécialisées dans le transport aérien était directement concernée par celui-ci⁸²³. De la même manière, à l'occasion de l'affaire *IATA*, la Cour a jugé que la portée que les parties contractantes ont entendu conférer à la Convention de Montréal⁸²⁴ devait être appréciée en considération de l'objectif d'« assurer la protection des intérêts des consommateurs dans le transport aérien international et la nécessité d'une indemnisation équitable fondée sur le principe de réparation »⁸²⁵ qui lui était attribué dans son préambule. Cette disposition du préambule, qui désigne les usagers d'aéronefs comme des destinataires de la Convention de Montréal, a ainsi participé à la reconnaissance de l'effet direct de ses articles 19, 22 et 29. Un raisonnement analogue a été opéré par la Cour à l'occasion de l'affaire *Abdulnasir Savas*, lorsqu'elle s'est appuyée sur l'objectif de « développement des relations commerciales et économiques entre les parties contractantes, [...] en vue d'améliorer le niveau de vie du peuple turc »⁸²⁶ – visé par le préambule de l'Accord d'Ankara – pour dégager le droit des justiciables de se prévaloir de ses stipulations. La Cour de justice a donc érigé le préambule en un indice complémentaire de l'identification de la nature des destinataires de l'accord.

⁸²² Accord de transport aérien entre la Communauté européenne et les États-Unis, signé par la Communauté le 25 avril 2007, et par ses États membres le 30 avril 2007, et approuvé par le Conseil de l'Union européenne et les représentants des gouvernements des États membres par la décision 2007/339/CE, du 25 avril 2007, concernant la signature et l'application provisoire de cet accord, *JOCE*, L 134, p. 1.

⁸²³ La Cour indique ainsi que l'accord « ciel ouvert », « ainsi qu'il ressort des troisième et quatrième alinéas de son préambule, a pour objectif de permettre aux transporteurs aériens des parties contractantes d'offrir aux passagers et aux expéditeurs des prix et des services compétitifs sur les marchés ouverts. Cet accord entend également faire profiter l'ensemble du secteur du transport aérien, y compris le personnel des transporteurs aériens, des avantages d'un tel accord de libéralisation. Les parties à celui-ci ont, ce faisant, annoncé leur intention de créer un précédent de portée mondiale pour exploiter pleinement les avantages de la libéralisation dans ce secteur économique essentiel. [...] les transporteurs aériens établis sur le territoire des parties à l'accord « ciel ouvert » sont ainsi spécifiquement visés par cet accord » : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 81 ; l'avocat général Julianne KOKOTT avait recours à la même méthode dans ses conclusions, (6 octobre 2010, conclusions sur CJUE, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pts. 79, 80 et 92) ; de la même manière la Cour trouve dans le préambule de la Convention de Montego Bay un indice complémentaire de son absence d'effet direct, (CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 56).

⁸²⁴ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, conclue à Montréal le 28 mai 1999, signée par la Communauté européenne le 9 décembre 1999 et approuvée au nom de celle-ci par la décision du Conseil 2001/539/CE, du 5 avril 2001, *JOCE*, L 194, p. 38.

⁸²⁵ CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares airline Association*, préc., pt. 41.

⁸²⁶ CJCE, 11 mai 2000, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, C-37/98, *Rec.* p. I-2927, pt. 52.

288. De plus, la Cour a parfois opéré une lecture synthétique de l'accord et a trouvé dans l'existence de stipulations, ayant pour objet de créer des droits aux individus et/ou des obligations à la charge des parties contractantes un indice supplémentaire de l'aptitude de l'accord à produire un effet direct. Dans l'affaire de *l'étang de Berre*, la Cour a ainsi constaté que les articles 1, 4 et 8 du Protocole relatif à la protection de la Méditerranée contre les pollutions d'origine telluriques⁸²⁷ renvoient aux obligations des États membres de prendre « toutes les mesures appropriées », afin « de prévenir, de réduire, de combattre et de maîtriser la pollution de la zone de la mer Méditerranée due aux déversements par les fleuves, les établissements côtiers ou les émissaires, ou émanant de toute autre source terrestre située sur leur territoire »⁸²⁸. Et la juridiction de l'Union a déduit de cet engagement à mettre le droit interne en conformité avec les prescriptions définies par le Protocole d'Athènes, l'existence d'un droit des personnes privées de réclamer en justice la sanction de la violation de ses stipulations⁸²⁹. La méthode ici employée pour attribuer l'effet direct aux stipulations invoquées était particulièrement libérale. Tout accord international exige en effet l'édition par les autorités publiques des parties contractantes de mesures appropriées pour mettre l'état du droit interne en conformité avec les obligations qu'il impose⁸³⁰. On note d'ailleurs que la Cour semble avoir récemment révisé les effets attachés à ce type de stipulations, par lesquelles les États s'engagent à se conformer aux obligations portées par l'accord. Dans l'affaire *SCF*, elle a ainsi jugé que, puisque les parties contractantes s'engagent dans l'accord WPPT⁸³¹ « à adopter, en conformité avec leur système juridique, les mesures nécessaires pour assurer [son] application »⁸³², l'ensemble de ses stipulations sont conditionnelles et donc dépourvues d'effet direct⁸³³. Alors qu'elle était antérieurement considérée comme un indice de l'effet direct de l'instrument conventionnel qui la portait, la

⁸²⁷ Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, signé à Athènes le 17 mai 1980, approuvé par la décision 83/101/CEE du Conseil, du 28 février 1983, *JOCE*, L 67, p. 1.

⁸²⁸ CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, C-213/03, *Rec. p. I-7357*, pt. 44.

⁸²⁹ CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, préc., pt. 45.

⁸³⁰ Mario MENDEZ, « The legal effect of Community Agreements: Maximalist Treaty enforcement and judicial avoidance techniques », préc., p. 94.

⁸³¹ Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, http://www.wipo.int/treaties/fr/p/rome/trtdocs_wo024.html.

⁸³² CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pt. 47.

⁸³³ Pour une présentation du formalisme de la technique employée par le Conseil d'État pour examiner la complétude de la norme conventionnelle, V. *infra*, ce §, B, 2, b).

clause qui exige la mise en conformité du droit interne semble être devenue un indice de l'incomplétude de l'accord.

289. On a expliqué que le préambule de l'Accord *Ciel ouvert* a contribué à la reconnaissance de son aptitude à produire des droits subjectifs. Mais l'examen systématique des autres stipulations qui composent le corps de cet engagement international a également permis de lui attribuer une telle propriété. Pour établir la vocation de cet accord à produire de tels droits, la Cour a souligné que « *les articles 3, paragraphes 2 et 5, ainsi que 10 de celui-ci* » sont des « *dispositions qui tendent à conférer directement des droits à ces transporteurs, tandis que d'autres dispositions tendent à leur imposer des obligations* »⁸³⁴. Dès lors que les requérants n'alléguent pas la violation de ces règles, il apparaît clairement que la Cour peut examiner d'office certaines stipulations non invoquées d'un accord, pour inférer la propension de l'instrument conventionnel qui les contient à créer des droits.

290. Dans l'affaire *Intertanko*, la Cour a observé qu'à l'examen de ses articles 17, 110 et 111, la Convention de Montego Bay « *paraît attacher des droits aux navires* ». Mais qu'« *[i]l ne s'ensuit pas [...] que ces droits soient ainsi conférés aux particuliers liés à ces navires* »⁸³⁵. Elle en a retiré pour conséquence que la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer « *ne met pas en place des règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux particuliers et à conférer à ces derniers des droits ou des libertés susceptibles d'être invoqués à l'encontre des États* »⁸³⁶. La méthode d'interprétation systématique est donc parfois employée par la juridiction de l'Union pour écarter l'aptitude de certains accords internationaux à produire des droits au bénéfice des individus⁸³⁷. C'est ainsi que la Cour de justice a estimé, dans son arrêt *Intertanko*, que la Convention de Montego Bay était, dans son ensemble, dépourvue d'effet direct.

291. En définitive, la Cour de justice recourt à l'interprétation téléo-systématique pour déterminer l'aptitude d'une règle conventionnelle à produire un droit subjectif. Le refus constant de la Cour de s'enfermer dans une herméneutique excessivement concentrée sur la

⁸³⁴ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 82.

⁸³⁵ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 61.

⁸³⁶ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 64.

⁸³⁷ Pieter Jan KUIJPER, « The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo CANNIZZARO (dir.) *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, op. cit., pp. 260-261.

lettre des textes invoqués explique le primat accordé à la finalité de l'accord⁸³⁸. L'emploi de cette méthode dynamique d'interprétation de la norme conventionnelle permet de bien prendre en considération son origine internationale⁸³⁹. L'analyse téléo-systématique de l'effet direct de la règle conventionnelle invoquée tient compte des spécificités de son ordre juridique d'origine, et notamment des relations que les personnes privées y entretiennent avec les règles qui le composent.

292. Cette technique s'est longtemps démarquée de la jurisprudence du Conseil d'État français qui a attaché, jusqu'à l'arrêt *GISTI et FAPIL*⁸⁴⁰, une importance prépondérante aux « *termes du traité* »⁸⁴¹. Toutefois les méthodes d'interprétation de la très haute juridiction administrative française pour identifier les destinataires des stipulations conventionnelles tendent actuellement à se rapprocher de celles de la Cour de justice.

b) L'adhésion du Conseil d'État à la méthode téléo-systématique

293. Le Conseil d'État s'est longtemps cantonné à étudier les termes des stipulations conventionnelles invoquées pour apprécier leur aptitude à produire des droits subjectifs. En raison de son caractère trop formaliste, ce critère a finalement été abandonné par la très haute

⁸³⁸ Robert LECOURT présentait ainsi la finalité de l'effet direct : « *Lorsque le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître le droit qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là une sorte d'agent auxiliaire de la communauté. En s'armant de la règle commune et en invitant le juge à la lui appliquer, il donne à celui-ci l'occasion de la faire pénétrer dans l'ordre juridique interne. Par son fait, elle devient alors élément effectif du patrimoine juridique national* » ; l'auteur déduit de cette finalité intégrative une philosophie interprétative du droit communautaire : « *Résister à ce courant, en limiter la portée par une lecture rigoriste des textes, serait, non seulement enfermer le droit communautaire dans un corset si étroit qu'il en sortirait étouffé, mais se complaire à l'égard des personnes dans une sorte de déni de justice* », (*L'Europe des juges*, *op. cit.*, pp. 262-263).

⁸³⁹ Enzo CANNIZZARO a commenté l'approche choisie par la Cour pour apprécier l'invocabilité du droit conventionnel en ces termes : « *the theoretical value of this new approach [...] seems to reside primarily in the consideration of international law not so much in terms of its abstract legal value or as a set of isolated substantive rules, but rather as a final product of a complex process of law-making and law determining. It is this final product and not so much the legal provisions considered as abstract sources of law, which must be implemented and enforced through internal remedies* », (« The neo-monism of the European Union legal order », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, p. 50). Traduction : « L'intérêt théorique de cette nouvelle approche [...] semble principalement résider dans le fait qu'elle présente le droit international non pas comme une valeur juridique abstraite ou comme un ensemble de règles matérielles isolées, mais plutôt comme le produit final d'un processus complexe d'élaboration des actes et de détermination de leur contenu normatif. C'est ce produit final, plus que les stipulations conventionnelles appréhendées comme des sources abstraites de droit, qui doit être mis en œuvre et appliqué par les juridictions internes ».

⁸⁴⁰ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁸⁴¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, préc.

juridiction administrative (i). Au regard de la nouvelle terminologie employée par le Conseil d'État pour désigner le critère subjectif de l'effet direct, qui s'inspire directement des formules de la Cour de justice, un alignement des méthodes d'interprétation utilisées dans les jurisprudences de Paris et de Luxembourg dans le cadre de son examen est à prévoir (ii).

i) Le nécessaire abandon du critère rédactionnel

294. Jusqu'à l'arrêt *GISTI et FAPIL*⁸⁴², les méthodes d'interprétation des critères de l'effet direct des accords internationaux n'ont jamais été clairement explicitées, les motifs des arrêts du Conseil d'État restant sibyllins sur cette question. À cet égard, le Commissaire du gouvernement Frédéric Scanvic désignait la jurisprudence administrative relative aux conditions d'examen de l'effet direct comme « *souvent pragmatique et de ce fait en général peu nourrie de considérations théoriques* »⁸⁴³. Les conclusions des rapporteurs publics et les rapports du Conseil d'État constituaient dès lors un précieux secours pour éclairer les termes sibyllins de sa jurisprudence. Selon Ronny Abraham, la recherche de l'effet direct se trouvait ainsi articulée autour de trois critères : d'une part, la convention internationale devait avoir pour objet d'attribuer des droits au bénéfice des particuliers et non de créer seulement des obligations entre les parties contractantes ; d'autre part, la stipulation invoquée devait être claire et inconditionnelle ; enfin, certaines formulations, telles « *l'État s'engage à...* »⁸⁴⁴ ou « *les États reconnaissent...* »⁸⁴⁵, permettaient d'exclure l'effet direct⁸⁴⁶.

295. De fait, le critère de l'aptitude du traité à créer des droits et le critère rédactionnel apparaissaient clairement liés dans la jurisprudence du Conseil d'État, dans la mesure où l'examen du second a longtemps orienté l'appréciation du premier. De sorte que l'on pouvait s'interroger sur la question de savoir si le prétendu critère rédactionnel n'était pas davantage

⁸⁴² CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁸⁴³ Frédéric SCANVIC, « La place de l'individu au regard des conventions internationales », conclusions sur CE, 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, préc., p. 798.

⁸⁴⁴ CE, 29 décembre 2006, *M^{me} Magroune*, n° 284467, inédit.

⁸⁴⁵ CE, 26 septembre 2005, *Association collectif contre l'handiphobie*, n°248357, *Leb.* p. 391 ; CE, 7 juin 2006, *Association AIDES*, n°285576, *Leb.* p. 282 ; CE, 25 juillet 2007, *Deroeux*, n°292733, inédit ; CE, 23 décembre 2010, *Association Aide e.a.*, n°335738, *Tables Leb.* pp. 774, 991.

⁸⁴⁶ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 586.

un indice permettant d'examiner la satisfaction du critère subjectif, qu'un critère pleinement autonome. En tout état de cause, cette méthode se distinguait nettement de celle de la Cour de justice, car elle conduisait le Conseil d'État à examiner stipulations par stipulations la faculté du traité à produire des droits.

296. La mise à bas du critère rédactionnel par la jurisprudence *GISTI et FAPIL*⁸⁴⁷ a jeté les bases d'une redéfinition des techniques d'interprétation de la vocation d'un traité à créer des droits. Quinze ans plus tôt, dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, le Commissaire du gouvernement Ronny Abraham mettait déjà en doute la pertinence de l'emploi du critère rédactionnel comme motif autonome d'exclusion de l'effet direct⁸⁴⁸. Il estimait ainsi que la rédaction des stipulations « est [...] un indice qui peut venir au soutien de l'une des deux grandes causes de l'absence d'effet direct : tantôt la formule “les États s'engagent à assurer” confirmera que l'objet de la règle qui suit est d'organiser les rapports entre États ; tantôt elle confortera l'idée que la norme internationale appelle nécessairement une législation interne d'application. Mais nous avons bien du mal à y voir un critère autonome, suffisant, de l'absence d'effet direct »⁸⁴⁹. L'argument semblait avoir été entendu par la section des études du Conseil d'État qui indiquait dans son rapport de 2001 que « les formules employées par la convention constituent des indices permettant de révéler l'intention des parties. Ainsi un engagement international est généralement regardé comme s'adressant aux gouvernements lorsqu'il stipule que ces gouvernements “reconnaissent que...” »⁸⁵⁰. Il n'en demeure pas moins que ce qui devait, au terme de ce rapport, ne constituer qu'un simple indice est un temps resté dans la jurisprudence du Conseil d'État un motif autonome d'exclusion de l'effet direct. Le Commissaire du gouvernement Aguila relevait cette survivance du critère rédactionnel dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Groslay*, dans lesquels il notifiât aux juges du Palais Royal ces interrogations : « nous nous demandons si une certaine évolution de votre jurisprudence ne vous a pas conduit à oublier la mise en garde du

⁸⁴⁷ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁸⁴⁸ Cette autonomie pouvait être déduite de l'importance conférée à ce critère par la section des études du Conseil d'État dans son rapport de 1985 : SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT, *Droit international et droit français*, Paris, EDCE, La documentation française, 1986, pp. 49-50.

⁸⁴⁹ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

⁸⁵⁰ SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, op. cit., 2000, p. 56.

commissaire du gouvernement dans l'affaire *GISTI* et à vous en tenir, le plus souvent, au simple critère rédactionnel »⁸⁵¹. La jurisprudence relative à l'invocabilité de la Convention d'Aarhus fondait ces incertitudes. À l'occasion de l'arrêt *Commune de Groslay*, le Conseil d'État opposait un défaut d'effet direct aux paragraphes 4, 6 et 8 de l'article 6 ainsi qu'aux articles 7 et 8 ; alors qu'il attribuait cette propriété aux paragraphes 2, 3 et 7 de l'article 6⁸⁵². Or, l'examen des articles dépourvus d'effet direct révèle que le fondement de l'exclusion de l'effet direct était la référence explicite à l'obligation qui incombe à « chaque partie » de respecter les prescriptions qu'ils imposent. Carlo Santulli s'alarmait de cette jurisprudence qui conduisait selon lui « à refuser de censurer les décisions qui iraient à l'encontre d'un objectif conventionnel, au motif que, l'État s'étant engagé à prendre de telles mesures, il n'appartient pas au juge (n'est-il plus organe de l'État ?) de s'y substituer. Ainsi, en prétendant se fonder sur les termes de l'engagement international, le juge permet de consommer sa violation »⁸⁵³.

297. Faisant le constat de cet immobilisme du Conseil d'État, le Rapporteur public Gaëlle Dumortier a, à son tour, dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI et FAPIL*, appelé les juges à nuancer la portée du critère rédactionnel, en soulignant que « le fait qu'une stipulation désigne les États-membres comme sujets de l'obligation n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires. C'est pourquoi le choix rédactionnel ne dispense pas d'examiner les termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but et ne peut constituer qu'un indice, d'abord du caractère normatif de la stipulation que ses termes vous permettent de vérifier, ensuite de son caractère immédiat »⁸⁵⁴. Le Rapporteur public a sur ce point été suivi par la très haute juridiction administrative qui a jugé, dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*, « que l'absence de tels effets ne saurait être déduit de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation

⁸⁵¹ Yann AGUILA, « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc., p. 1530.

⁸⁵² CE, ass., 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc. ; cette importance accordée au critère rédactionnel a été confirmée par l'arrêt *Comité interprofessionnel du vin de Champagne*, à la faveur duquel la très haute juridiction administrative a écarté de nouveau l'effet direct des paragraphes 4 et 8 de l'article 6 sur le même fondement : CE, 27 juillet 2009, *Comité interprofessionnel du vin de Champagne*, préc.. Pour une recension complète de la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'invocabilité de la Convention d'Aarhus, V. Julien BETAÏLLE, « The direct effect of the Aarhus Convention as seen by the French 'Conseil d'État' », *ELNI Rev.*, 2009, pp. 63-74 ; Guillaume LEFLOCH « La convention d'Aarhus devant le juge administratif », *L.P.A.*, 6 août 2008, n° 157, pp. 4-9.

⁸⁵³ Carlo SANTULLI, « Chronique de droit international (année 2008) », préc., p. 146.

⁸⁵⁴ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc., p. 553.

qu'elle définit »⁸⁵⁵. Et le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'abandon du critère rédactionnel, en attribuant un effet direct à l'article 6, paragraphe 1 de la Convention n°97 de l'Organisation internationale du travail⁸⁵⁶, alors même que celui-ci contenait l'expression « *tout membre [...] s'engage...* »⁸⁵⁷. Il a également attribué un effet direct au paragraphe 9 de l'article 6 de la Convention d'Aarhus aux termes duquel « ... *Chaque partie communique au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite décision est fondée* »⁸⁵⁸.

298. L'abandon du critère rédactionnel a conduit le Conseil d'État à redéfinir ses méthodes d'interprétation du destinataire des normes internationales. Un alignement des techniques employées par la Cour de justice et le Conseil d'État est à prévoir sur cette question.

ii) Les prémisses de l'adhésion à la méthode téléo-systématique

299. L'abandon du critère rédactionnel a-t-il ouvert le prétoire du Conseil d'État à la norme conventionnelle ? Il est vrai qu'avant l'arrêt *GISTI et FAPIL*, le motif qui fondait le plus fréquemment le refus de l'effet direct était le critère rédactionnel, mais, depuis cet arrêt, la vocation d'une règle conventionnelle à créer des droits est appréciée 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* »⁸⁵⁹. Le choix de cette terminologie – très proche de celle employée par la Cour pour désigner le critère subjectif de l'effet direct⁸⁶⁰ – laisse supposer que la juridiction administrative cherche à calquer ses méthodes d'interprétation de ce critère sur celles utilisées par la Cour de justice.

⁸⁵⁵ CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, préc.

⁸⁵⁶ Convention (n°97) sur les travailleurs migrants, adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952, et pour la France le 7 août 1955 : décret n°54-794 du 4 août 1954 portant publication de la Convention internationale du travail n° 97 concernant les travailleurs migrants, adoptée par la Conférence internationale du travail dans sa trente-deuxième session, tenue à Genève du 3 juin au 2 juillet 1949, *JOCE*, 7 août 1954, pp. 7624-7627.

⁸⁵⁷ L'article 6, paragraphe 1 de la Convention n°97 stipule que « [t]out Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants ».

⁸⁵⁸ CE, ass., 12 avril 2013, *Association coordination régionale stop THT*, n°342409, *Leb.* p. 60, pt. 7.

⁸⁵⁹ CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, préc.

⁸⁶⁰ V. CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 54 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 45 ; CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares Airline Association*, préc., pt. 45 ; CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, préc., pt. 20.

300. La priorité accordée à l'économie générale du traité, et la subsidiarité dévolue à son contenu et à ses termes, raisonnent en effet comme un acte d'adhésion à la méthode téléo-systématique prônée par la juridiction de l'Union. L'examen de l'économie générale du traité induit l'analyse prioritaire de sa finalité et de son but (analyse téléologique). La référence secondaire au contenu et aux termes de l'accord ouvre ensuite la possibilité d'examiner, à titre complémentaire, les termes de son préambule, ainsi que le lien instauré entre les personnes privées et l'instrument international en cause par certaines de ses stipulations (analyse systématique). Ce changement de terminologie pourrait préfigurer une reconstruction de la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'examen de l'effet direct. Car il est rare que des règles conventionnelles soient privées d'effet direct devant la Cour de justice en raison de l'insatisfaction de son critère subjectif⁸⁶¹, alors que le Conseil d'État déniait l'effet direct de nombreuses règles conventionnelles sur ce fondement avant l'arrêt *GISTI et FAPIL*.

301. Pour exemple, alors que de nombreuses stipulations de la Convention d'Aarhus ont été jugées dépourvues d'effet direct par le Conseil d'État sur le fondement du critère du destinataire après simple examen du critère rédactionnel⁸⁶², l'arrêt *Lesoochranárske* a témoigné de l'impossibilité de parvenir à la même solution en appliquant les techniques interprétatives de la Cour de justice⁸⁶³. Même si la disposition soumise à l'interprétation de la Cour est en l'espèce dépourvue d'effet direct, la juridiction de l'Union n'en reconnaît pas moins que la Convention d'Aarhus – et le droit de l'environnement en général⁸⁶⁴ – prend les individus pour destinataires⁸⁶⁵. De plus, il est difficilement concevable que le Conseil d'État affirme que les accords de protection des droits fondamentaux et les conventions fiscales bilatérales, qui forment la majeure partie du contingent des accords internationaux invoqués

⁸⁶¹ Seuls les accords conclus sous l'égide de l'OMC (GATT, GATS, ADPIC, OTC), la Convention de Montego Bay et le Protocole de Kyoto se sont vus opposés un défaut d'effet direct sur le fondement du critère subjectif.

⁸⁶² V. CE, ass., 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc. ; CE, 27 juillet 2009, *Comité interprofessionnel du vin de Champagne*, n°301385, inédit.

⁸⁶³ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc.

⁸⁶⁴ Le fait que l'invocabilité du Protocole de Kyoto ne soit pas écartée sur le fondement de l'insatisfaction du critère subjectif, mais au motif de sa conditionnalité, illustre bien l'approche très restrictive qu'a adoptée la Cour de justice de la notion de conventions ayant pour seul objet de régir les relations entre parties contractantes.

⁸⁶⁵ L'Avocat général Julianne KOKOTT a mis en évidence cette propriété de la Convention d'Aarhus dans ses conclusions sur l'affaire *Edwards*, observant que « dans le domaine de l'environnement, la protection juridictionnelle ne sert pas uniquement, en règle générale, les intérêts individuels des requérants, mais également, voire uniquement, l'intérêt général. [...] La convention d'Aarhus vise ce double intérêt. [...] La convention poursuit [...] le souhait que le public, y compris les organisations, ait accès à des mécanismes judiciaires efficaces, afin que ses intérêts légitimes soient protégés et que la loi soit respectée » : 18 octobre 2012, conclusions sur CJUE, *David Edwards e.a. contre Environment Agency*, C-260/11, pt. 41. Autrement dit, il est établi que, dans la jurisprudence de la Cour de justice, les personnes privées sont concernées par la Convention d'Aarhus, non seulement en leur qualité de particuliers, mais aussi en tant que membres d'une communauté affectée par les pollutions environnementales.

devant la très haute juridiction administrative ont « pour objet exclusif de régir les relations entre États ». Dès lors, la jurisprudence française devrait tendre, à la manière de celle de la juridiction de Luxembourg, à faire du critère objectif le filtre principal de l'effet direct⁸⁶⁶. L'arrêt *Société Air Algérie*⁸⁶⁷ a dessiné l'ébauche d'une convergence de ce type entre les jurisprudences de Paris et de Luxembourg. Une application orthodoxe de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, telle qu'elle se dégagait notamment de l'arrêt *Commune de Groslay*⁸⁶⁸, aurait dû conduire à une mise à l'écart de l'invocabilité du protocole de Kyoto sur le fondement du critère subjectif de l'effet direct. Or, c'est au motif de l'insatisfaction de son critère objectif que le Conseil d'État a conclu au défaut d'invocabilité, ainsi que la jurisprudence *Air transport association of America* de la Cour de justice l'y invitait⁸⁶⁹.

302. Le recul du filtrage de l'effet direct des normes conventionnelles fondé sur le critère de leur aptitude à créer des droits au bénéfice des personnes privées semble s'inscrire dans la dynamique de promotion des particuliers au rang sujets du droit conventionnel international⁸⁷⁰. La Cour de justice de l'Union accorde en revanche une importance primordiale à la complétude de la norme d'origine internationale pour admettre son invocabilité. Aussi, le délaissement passé du critère de la complétude par le juge administratif français ne peut pas perdurer, car le critère subjectif ne constitue plus un filtre efficace pour récuser l'effet direct des règles conventionnelles. Ce centrage de la reconnaissance de l'effet direct par le Conseil d'État sur la complétude de la norme invoquée est bienvenu, dans la mesure où il permet l'homogénéisation des conditions d'invocabilité du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 75.

⁸⁶⁷ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc.

⁸⁶⁸ CE, ass., 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc.

⁸⁶⁹ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc., pt. 29.

⁸⁷⁰ Sur ce thème, V. Robert MAC CORQUODALE, « The Individual and the International Legal System », in Malcolm EVANS (dir.), *International Law*, Oxford, Oxford university press, 2003, pp. 299-325 ; Christina ECKES, « International Law as Law of the EU : the role of the Court of Justice », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 370-371.

⁸⁷¹ Enzo CANNIZZARO a mis en évidence que, des deux critères de l'effet direct, le critère subjectif était celui qui rappelait le plus le droit conventionnel à son origine internationale : « on the one hand the Court seems to assume that the domestic effect of international law provisions must be determined by applying the same standard used for domestic provisions, namely clarity and precision of its wording. On the other hand, the Court concludes that the domestic effect of an international provision depends also on the international nature of that provision and on the purpose assigned to it in international legal order from which it emanates », (« The neomonism of the European Union legal order, in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 38). Traduction : « D'un côté, la Cour semble

B. L'essor du critère objectif de l'effet direct

303. Une stipulation conventionnelle qui nécessite une norme complémentaire de concrétisation pour produire des effets à l'égard des particuliers ne produit pas d'effet direct. Le critère objectif correspond au caractère *self-executing* des traités, examiné par les juridictions des États-Unis pour apprécier l'invocabilité du droit conventionnel dans l'ordre juridique américain⁸⁷², dans lequel son aptitude à porter un droit subjectif ne subordonne que la qualité pour agir des personnes privées⁸⁷³. L'objet de cette conditionnalité est d'exclure la justiciabilité de certaines stipulations conventionnelles assimilables à des « *directives souples* »⁸⁷⁴, dont les effets sur la situation juridique des personnes privées sont conditionnés par l'édiction de mesures complémentaires par une autorité publique.

304. Le critère objectif de l'effet direct s'affirme dès lors comme une conditionnalité d'invocabilité qui a vocation à évincer la justiciabilité d'un certain nombre d'accords internationaux qui laissent une grande marge d'appréciation aux parties contractantes auxquelles ils s'imposent (1). Les techniques d'interprétation du caractère complet de la norme employées par la Cour de justice et le Conseil d'État tendent, à la manière de ce qui a été constaté pour le critère subjectif, à se rapprocher. Le Conseil d'État commence ainsi à

considérer que l'effet interne des règles de droit international doit être déterminé en appliquant les critères utilisés pour le traitement du droit interne, à savoir la clarté et la précision de son énoncé. D'un autre côté, la Cour conclut que l'effet interne d'une règle de droit international est également déterminé par la nature internationale de cette règle et de la finalité qui lui est attribuée dans l'ordre juridique international dont elle émane ».

⁸⁷² Béragère TAXIL, « Les critères de l'applicabilité directe des accords internationaux aux États-Unis et en France », préc., p. 159.

⁸⁷³ C'est ainsi que la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires (Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 2007, *Cornejo v. County of Sand Diego*, 504, F3d, 853, ILDC 1080 (US 2007) [8]), et le Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre les États-Unis et l'Iran, signé à Téhéran le 15 août 1955 (Cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia, 2008, *Mac Kesson Corp v. Islamic Republic of Iran*, 539, f3d, 485, ILDC 1105 (US 2008)) sont jugés *self-executing* par les juridictions américaines, mais n'offrent pas de qualité pour agir aux personnes privées, dans la mesure où ils ne véhiculent pas de droits subjectifs. V. André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., pp. 121-122. Il est à noter que Béragère TAXIL considère au contraire que « les méthodes américaines et françaises ne sont pas aussi différentes qu'on le prétend généralement ». De son point de vue, le critère subjectif de l'effet direct et le filtre du « *private right of action* » (identifié par André Nollkaemper) coexistent dans la jurisprudence des juridictions des États-Unis, (« Les critères de l'applicabilité directe des accords internationaux aux États-Unis et en France », préc., pp. 168-170 et 172-176).

⁸⁷⁴ Selon Paul AMSELEK, ces directives souples « s'analysent comme des normes directives donnant la mesure de choses qu'il serait souhaitable, opportun, mais non obligatoire, de réaliser. Les intéressés, ceux dont la conduite, les faits et gestes sont dirigés, disposent ici, par hypothèse même, d'une marge d'appréciation pour se conformer ou non à la norme, marge d'appréciation qui est au contraire exclue dans le cas des commandements », (« Norme et loi », *A.P.D.*, 1980, t. 25, pp. 89-107 (101) ; V. également, du même auteur, « La phénoménologie et le droit », *A.P.D.*, 1972, pp. 185-259 (243)).

examiner le critère objectif de l'effet direct avec une rigueur comparable à celle dont sont empreints les raisonnements de la Cour de justice relatifs à cette question (2).

1) Le caractère complet de la stipulation invoquée

305. Inspirée par les conclusions du Commissaire du gouvernement Ronny Abraham sur les arrêts *GISTI* et *Mademoiselle Cinar*⁸⁷⁵, la section des études du Conseil d'État a indiqué que « le caractère auto-exécutoire de la convention suppose [...] que les stipulations soient suffisamment précises et complètes pour se suffire à elles-mêmes. Elles doivent donc être d'application immédiate et ne nécessiter l'intervention ni d'un texte complémentaire pris au niveau international ni d'un texte de droit interne pour mettre en œuvre les engagements de l'État »⁸⁷⁶. La Cour de justice de l'Union européenne avait pour sa part jugé qu'une stipulation est suffisamment complète « lorsque la disposition invoquée comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur »⁸⁷⁷. Le Conseil d'État semble s'être inspiré de ce *dictum* lorsque, dans son arrêt *GISTI* et *FAPIL*, il a clarifié pour la première fois la substance du critère objectif de l'effet direct, en jugeant qu'« une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, [elle] ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »⁸⁷⁸. Le rapprochement de

⁸⁷⁵ Ronny ABRAHAM explicite ainsi par deux fois le contenu de la conditionnalité objective. Dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, il affirma ainsi que les dispositions conventionnelles ne satisfaisant pas au critère analytiques sont « les stipulations dont l'objet est, sans doute de garantir des droits au bénéfice des particuliers, mais qui sont rédigées en termes trop généraux pour s'appliquer par elles-mêmes, et pour être susceptibles d'une application immédiate à des cas particuliers », (« Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 592) ; il précisa ensuite, à l'occasion de l'affaire *Cinar*, que n'est pas d'effet direct la norme qui « n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise complète et inconditionnelle pour servir à cette fin », (« L'effet direct de certaines stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant », conclusions sur CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, R.F.D.A., 1998, pp. 562-565).

⁸⁷⁶ SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, op. cit., 2000, p. 56.

⁸⁷⁷ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc., pt. 14 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, préc., pt. 38 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 44 ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 55 ; cette méthode de filtrage est reprise par le Conseil d'État pour la détermination de l'effet direct des directives communautaires : CE, avis, 21 mars 2011, *M. Jin et M. Thiero*, préc.

⁸⁷⁸ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

la terminologie employée par le Conseil d'État et la Cour de justice pour désigner la substance du critère subjectif de l'effet direct, se retrouve donc dans la définition du critère objectif.

306. Mais le rapprochement des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État n'est pas seulement terminologique. Les deux juridictions contrôlent en effet avec une rigueur commune l'inconditionnalité de la norme invoquée (b), examinant à l'inverse sa précision de manière très conciliante (a).

a) Le recul de l'exigence de clarté des stipulations conventionnelles

307. Le Conseil d'État, au contraire de la juridiction de l'Union, n'exige pas explicitement la clarté et la précision de l'obligation conventionnelle pour admettre son effet direct. L'indétermination d'une norme conventionnelle ne fait pas nécessairement obstacle à son invocabilité, car celle-ci est susceptible d'être clarifiée au moyen d'une interprétation juridictionnelle. Le Conseil d'État attribue ainsi l'effet direct à certaines stipulations conventionnelles de faible densité normative, pour en préciser par la suite la substance en exerçant son pouvoir d'interprète des traités. En dépit de leur imprécision, le Conseil d'État a par exemple admis l'effet direct de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant (CIDE), relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁷⁹ et de l'article 8, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH), relatif au droit au respect de la vie privée et familiale⁸⁸⁰.

308. Certaines considérations d'opportunité privent parfois de pertinence l'examen de la précision d'une règle conventionnelle⁸⁸¹, comme l'indique la jurisprudence relative à l'effet direct des stipulations de la CIDE. À ce jour, rares sont les stipulations de cet instrument qui ont été jugés d'effet direct. Seuls l'article 3, paragraphe 1, l'article 7, paragraphe 1, l'article 9

⁸⁷⁹ L'article 3, paragraphe 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 stipule que « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » ; CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, préc.

⁸⁸⁰ L'article 8, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme stipule que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » ; CE, ass. 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et autres*, *Leb.* p. 493.

⁸⁸¹ Berangère TAXIL remarque que « [c]'est [...] l'application raisonnable à la situation concrète présentée au juge qui emporte la conviction ; une norme vague peut néanmoins être jugée suffisamment complète pour être utilisée », (« Les critères de l'applicabilité directe des accords internationaux aux États-Unis et en France », préc., p. 166).

paragraphe 2, l'article 16, paragraphe 1 et l'article 37, paragraphes 2 et 3 peuvent en effet actuellement être invoqués pour contester la légalité d'un acte interne. Or, l'article 3, paragraphe 1, de loin le plus souvent invoqué, stipule que « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »⁸⁸². Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant est à l'évidence marqué par une grande imprécision. Mais c'est précisément la malléabilité de ce concept d'intérêt supérieur de l'enfant qui offre à la très haute juridiction administrative une marge d'appréciation étendue pour déterminer les hypothèses dans lesquelles l'article 3, paragraphe 1 de la CIDE est violé par un acte interne⁸⁸³. Si bien que le Conseil d'État reste maître de la substance normative de l'obligation internationale qu'impose l'article 3, paragraphe 1 de la CIDE. Adeline Gouttenoire a observé à cet égard que « [l]orsqu'il admet que l'intérêt supérieur de l'enfant puisse être invoqué, le Conseil d'État procède à une appréciation in concreto de celui-ci pour décider si la mesure en cause lui porte ou non atteinte »⁸⁸⁴. En définitive, le Conseil d'État admet l'effet direct de l'article 3, paragraphe 1 de la CIDE, en dépit de son imprécision, car il est titulaire, en raison de son manque de clarté, d'une grande marge d'appréciation pour en définir la substance. Corrélativement, il continue de dénier l'effet direct de l'article 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à la préservation de l'unité familiale qui présente pourtant un degré de clarté plus élevé⁸⁸⁵. Le critère de la précision a donc perdu de sa valeur explicative dans le cadre de l'analyse de l'examen de la satisfaction du critère objectif de l'effet direct. De sorte que certaines stipulations conventionnelles imprécises peuvent désormais être jugées complètes, en ce qu'elles n'appellent pas de normes législatives ou exécutives de concrétisation.

309. Bien que, depuis son arrêt *Demirel*⁸⁸⁶, la Cour de justice ait retenu avec constance la clarté et la précision des stipulations conventionnelles comme conditionnalité de leur effet direct, la juridiction de l'Union partage avec le Conseil d'État une certaine souplesse dans son

⁸⁸² CE, 14 février 2001, *M. Nezdulkins*, n°220271, *Leb.* p. 58 ; CE, 22 septembre 1997, *Melle Cinar*, préc.

⁸⁸³ Baptiste BONNET, « Le Conseil d'État et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan. De l'art du pragmatisme... », *D.*, 2010, pp. 1031-1038.

⁸⁸⁴ Adeline GOUTTENOIRE, Philippe BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.*, 2009, pp. 1918-1927 (1920).

⁸⁸⁵ Cet article stipule que « [l]es États Parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant », V. CE, 29 juillet 1994, *Préfet de la Seine-Maritime contre Abdelmoula*, n° 143866, *Leb.* p. 732.

⁸⁸⁶ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc.

examen⁸⁸⁷. Cependant, le critère de la clarté ne se trouve pas totalement exclu de la recherche de l'effet direct, dans la mesure où il est étudié pour établir la complétude de la norme invoquée.

b) *L'inconditionnalité, propriété déterminante de la complétude des stipulations conventionnelles*

310. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'inconditionnalité d'une norme conventionnelle suppose que son application ne requiert pas l'édiction d'une mesure ultérieure par une autorité publique, qu'elle soit un organe de l'Union, de l'un de ses États membres, ou du cadre institutionnel créé par l'accord invoqué⁸⁸⁸. Bien que le Conseil d'État n'ait pas explicitement évoqué le critère de l'inconditionnalité dans son arrêt *GISTI et FAPIL*⁸⁸⁹, il se trouve implicitement véhiculé dans la subordination des effets juridiques de la stipulation conventionnelle invoquée à l'absence de nécessité de l'édiction d'un acte complémentaire⁸⁹⁰. Si bien que l'inconditionnalité d'une stipulation conventionnelle est

⁸⁸⁷ Le libéralisme avec lequel la Cour de justice reconnaît la clarté du droit conventionnel est encore plus marqué lorsqu'elle se prononce sur cette propriété d'une règle de droit de l'Union d'origine interne. Guy Isaac et Marc Blanquet observent à ce propos que, dans la jurisprudence de la Cour relative à l'effet direct du droit dérivé de l'Union, il suffit « *que la norme soit effectivement impérative ; car pour le reste, une disposition directement applicable peut encore être équivoque et avoir besoin d'une interprétation judiciaire* », (Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, p. 158). Dans le même sens, Trevor HARTLEY affirme que « *the Community law is often unclear and ambiguous. This does not in itself, however, prevent its being directly effective : the european court is there to interpret it and once this has been done the ambiguities will be resolved* », (*The foundations of European community law*, Oxford, Oxford University press, 5^{ème} éd., 2003, p. 198). Traduction : « Le droit communautaire est souvent imprécis et ambigu. Cela ne l'empêche pas de produire un effet direct : la Cour de Justice est là pour l'interpréter ce qui permet de lever ces ambiguïtés ». À l'occasion de l'arrêt *Defrenne*, la Cour de justice a ainsi jugé que les stipulations sujettes à précision judiciaire pouvaient pourtant être d'effet direct. Ainsi, le fait que la notion de « *rémunération* » présente dans l'article 119 TCE [actuel article 143 TFUE] soit sujette à un important travail de « *clarification* » jurisprudentielle n'exclut pas son effet direct : CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne contre Sabena*, 149/77, *Rec.* p. 1368.

⁸⁸⁸ V. Marc BLANQUET, « Effet direct du droit communautaire », *répertoire Dalloz droit communautaire*, 2010, n°30 ; la subordination de l'effet direct des stipulations de l'accord CEE-Turquie à l'édiction d'un acte unilatéral par le Conseil d'association fournit l'exemple de prescriptions conventionnelles qui voient la production de leurs effets conditionnée à l'édiction d'une norme complémentaire par un organe international, V. CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc., pts. 20-23.

⁸⁸⁹ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁸⁹⁰ Il convient ici de noter que certains auteurs ont choisi de séparer les critères de l'inconditionnalité et de la subordination des effets d'une norme à l'intervention d'un acte ultérieur. Le premier renverrait à la nécessité de l'émission d'un acte par un organe international, par exemple un Conseil d'association, pour que les stipulations de l'accord l'ayant institué produisent des effets de droit dans l'ordre juridique interne. Le second tient à la soumission des effets de droit d'une stipulation conventionnelle à l'intervention d'un acte édicté par une

établie lorsque la production de ses effets juridiques n'est pas subordonnée à la survenance d'un terme, ou à l'édition d'un acte précisant ses conditions d'application.

311. D'une part, la conditionnalité peut être déduite de la subordination des effets juridiques d'une stipulation conventionnelle à la survenance d'un terme. Ce terme peut se situer dans une échéance temporelle à partir de laquelle la norme prend effet⁸⁹¹, ou dans l'édition d'un acte par un organe supra-étatique qui manifeste la volonté des parties à un accord de donner effet à la règle portée par l'accord international invoqué⁸⁹².

312. D'autre part, la jurisprudence contemporaine tend à intégrer l'exigence de précision dans le concept d'inconditionnalité. Une stipulation est jugée conditionnelle si l'action d'une autorité, investie d'un pouvoir discrétionnaire pour préciser son contenu normatif, est susceptible de s'interposer entre l'acte extranational et le particulier⁸⁹³. Or, le propre de la norme imprécise est d'exiger un acte de concrétisation clarifiant ses conditions d'application. De sorte qu'il existe une communauté de nature entre les critères de clarté et d'inconditionnalité, car, lorsqu'une norme atteint un degré élevé d'imprécision, la marge d'appréciation qu'elle confère aux autorités étatiques pour définir ses conditions d'application rend l'acte de concrétisation étatique nécessaire au déploiement de ses effets juridiques. Bérangère Taxil remarque à cet égard que « [1]a norme imprécise est celle qui ne fixe que des orientations. La norme incomplète, elle, nécessite une intervention légale supplémentaire. Cela revient finalement au même : parce qu'elle ne fixe que des orientations, la règle doit être complétée »⁸⁹⁴. Le critère de la clarté subsiste donc au sein du critère de l'inconditionnalité dont il est devenu une composante.

313. L'inconditionnalité est alors actuellement la propriété de la norme conventionnelle sur laquelle se concentrent les analyses de la Cour de justice et du Conseil d'État pour examiner la satisfaction du critère objectif de l'effet direct. Il convient dès lors de définir quelles sont

institution appartenant à l'ordre juridique de la juridiction saisie. V. Bénédicte THORNAY, « L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », préc., pp. 334-335.

⁸⁹¹ CJCE, 3 février 1976, *Pubblico Ministero contre Flavia Manghera e.a.*, préc., pt. 16.

⁸⁹² CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc., pts. 20-23.

⁸⁹³ L'avocat général Henri Mayras estimait dans ses conclusions sur l'arrêt *Van Duyn* que pour que soit établi l'effet direct, « la mise en œuvre de la règle communautaire ne doit être subordonnée à aucune réglementation ultérieure, soit des institutions communautaires, soit des États membres, de telle manière, en particulier, que ceux-ci ne disposent pas d'un véritable pouvoir d'appréciation discrétionnaire quant à l'application de la norme dont il s'agit », (Henri MAYRAS, 13 novembre 1974, conclusions sur CJCE, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, préc.). La précision d'une règle rend superflue l'édition d'actes communautaires et nationaux de mise œuvre, elle préjuge ainsi de son inconditionnalité.

⁸⁹⁴ Bérangère TAXIL, « Les normes internationales », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, op. cit., p. 444.

les lignes directrices qui permettent d'établir la complétude, c'est-à-dire l'inconditionnalité, des normes conventionnelles invoquées devant la Cour de justice et le Conseil d'État.

2) Les techniques d'interprétation du caractère complet des stipulations conventionnelles

314. Le Conseil d'État et la Cour de justice reconnaissent avec un grand libéralisme la vocation des accords internationaux à produire des droits⁸⁹⁵. En revanche, ces juridictions font preuve de beaucoup plus de rigueur lorsqu'elles examinent la complétude des accords internationaux. Et ce sont les méthodes d'interprétation qu'elles ont retenues pour apprécier la complétude des normes conventionnelles qui permettent cette rigueur. Les juridictions de Paris et de Luxembourg font ainsi preuve d'un certain formalisme dans l'examen des termes des stipulations invoquées, auxquels elles accordent logiquement une importance prégnante pour établir leur complétude (a). Le contexte dans lequel s'inscrit la stipulation invoquée (b), et l'existence d'une juridiction internationale chargée de sanctionner sa violation, sont également pris en considération pour apprécier cette propriété de la règle conventionnelle (c).

a) Le primat accordé aux termes de la stipulation invoquée

315. La souplesse dont faisait preuve le Conseil d'État lorsqu'il était appelé à examiner le critère objectif de l'effet direct n'a pas survécu à la jurisprudence *GISTI et FAPIL*⁸⁹⁶. En effet, la simplification de la reconnaissance de la nature individuelle du destinataire d'un traité a mécaniquement induit un durcissement des conditions d'acceptation du caractère complet des stipulations conventionnelles par le Conseil d'État. Ce durcissement se traduit par le formalisme des raisonnements qu'il emploie pour examiner la complétude de ces stipulations (i). Ce jeu de vase communicant a conduit la très haute juridiction administrative

⁸⁹⁵ Pour une analyse exhaustive des méthodes d'interprétation retenues par la Cour de justice et le Conseil d'État pour apprécier la satisfaction du critère subjectif de l'effet direct, V. *supra*, ce Paragraphe, A, 2).

⁸⁹⁶ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

à se joindre à la position de la Cour de justice qui fait du critère objectif le principal filtre de l'effet direct des prescriptions conventionnelles (ii).

i) Le formalisme émergent du Conseil d'État dans l'examen de la complétude des stipulations conventionnelles

316. Le degré de rigidité avec lequel le Conseil d'État et la Cour de justice examinent le caractère complet de la règle invoquée diffère singulièrement selon que celle-ci relève du droit de l'Union d'origine interne ou du droit conventionnel international⁸⁹⁷.

317. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire laissé aux autorités publiques⁸⁹⁸ pour préciser les conditions d'application d'une règle conventionnelle est nécessaire pour que ses effets juridiques soient considérés comme étant subordonnés à l'édiction d'un « *acte complémentaire* ». Dès lors, il est crucial de déterminer si le renvoi par une stipulation conventionnelle à un acte interne complémentaire supposé en assurer l'exécution constitue un obstacle insurmontable à la dévolution de l'effet direct. Gaëlle Dumortier a plaidé en défaveur de cette lecture formelle de la conditionnalité, en estimant dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI et FAPIL* que « [l]e caractère médiat du droit éventuellement créé, [...] ne peut, [...] se déduire du renvoi à une mesure nationale ou de ce qu'une telle mesure nationale en faciliterait l'exercice. [...] Ce qui est dirimant, c'est le caractère insuffisamment complet de la norme, qu'il faut admettre lorsque le traité laisse à l'État une marge d'appréciation, un pouvoir discrétionnaire quant à l'étendue, aux conditions ou aux modalités du droit ou de l'obligation dont il se borne à prévoir le principe, sous forme en quelque sorte d'objectif »⁸⁹⁹. En ce sens, le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques doit pleinement déterminer et organiser les conditions d'application d'une règle internationale pour que son effet direct soit exclu.

⁸⁹⁷ Il est d'ailleurs à noter que la référence explicite à l'inconditionnalité est réservée à l'examen de l'effet direct des directives communautaires : CE, avis, 21 mars 2011, *M. Jin et M. Thiero*, préc.

⁸⁹⁸ Ces autorités publiques sont ici entendues comme étant le législateur et l'administration, et non le juge ; V. Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés – Etudes des sources du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, réed., 2006, pp. 210-211.

⁸⁹⁹ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc., p. 553.

318. Concernant le droit de l'Union d'origine interne, la jurisprudence relative à la « directive retour »⁹⁰⁰ témoigne du libéralisme du Conseil d'État lorsqu'il apprécie le caractère complet d'une règle de droit dérivé de l'Union européenne. Ainsi, le fait que l'article 7 de la directive du 17 décembre 2008 ait laissé à l'État le soin de fixer d'une part, le délai de retour volontaire entre 7 et 30 jours et, d'autre part, les éléments constitutifs d'un risque de prendre la fuite permettant d'exclure son application *ratione personae*, n'a pas été considéré comme ayant pour effet de rendre cet article conditionnel⁹⁰¹. Certains commentateurs ont manifesté leur scepticisme à l'endroit de cette solution qui agite le spectre « d'une inconditionnalité toujours remplie »⁹⁰².

319. Toutefois, cette souplesse dans l'admission du caractère complet de la règle de droit de l'Union européenne ne se retrouve pas lorsqu'est invoquée une norme conventionnelle. Au contraire, dans son arrêt *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles*⁹⁰³, le Conseil d'État a fait preuve d'une grande rigueur lorsqu'il a été appelé à se prononcer sur la complétude de certaines stipulations de la Convention relative aux droits des personnes handicapées⁹⁰⁴. Cette rigueur tend d'ailleurs à l'excès de formalisme. Ainsi, la très haute juridiction administrative a jugé que « les stipulations de l'article 19 de la même convention, par lesquelles les États signataires s'engagent à prendre "des mesures efficaces et appropriées" pour faciliter l'autonomie de vie des personnes handicapées et leur inclusion dans la société »⁹⁰⁵ requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers. Si bien que les stipulations conventionnelles par lesquelles les parties contractantes s'engagent à prendre « des mesures nécessaires » à l'atteinte d'un objectif sont considérées comme nécessitant systématiquement l'intervention d'un acte complémentaire et sont, par voie de conséquence, privées d'effet direct en raison de leur incomplétude. La mise en exergue de l'engagement des États parties à prendre des « mesures

⁹⁰⁰ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOCE*, L 348, 24 décembre 2008, p. 102.

⁹⁰¹ CE, avis, 21 mars 2011, *M. Jin et M. Thiero*, préc.

⁹⁰² Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 570 ; V. également, Grégory KALFLECHE, « Application du droit communautaire par les juridictions administratives », *Europe*, juillet 2011, pp. 5-9 (6).

⁹⁰³ CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc.

⁹⁰⁴ Convention relative aux droits des personnes handicapées, signée à New York le 30 mars 2007, *JORF*, 3 avril 2010, p. 6501.

⁹⁰⁵ CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc., pts. 8-9.

efficaces et appropriées » à l'article 19 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées témoignait du caractère décisif de cette formule dans le rejet de son effet direct.

320. À cet égard, il est possible de s'interroger sur l'opportunité de la création d'un nouvel indice purement rédactionnel, alors même que le recours à une telle technique avait récemment été abandonné par le Conseil d'État dans le contexte de l'examen du critère subjectif de l'effet direct à l'occasion de l'arrêt *GISTI et FAPIL*⁹⁰⁶. Le Conseil d'État semble en effet passer d'un nominalisme à l'autre. Et le second n'est pas moins regrettable que le premier dans la mesure où, comme l'a indiqué Carlo Santulli, « *la référence aux 'actes complémentaires' [...] est le plus souvent le reflet de l'engagement étatique à faire le nécessaire pour respecter ses obligations, ce qui n'est évidemment pas incompatible avec la création de droits au profit des particuliers* »⁹⁰⁷. Cette caractéristique des règles conventionnelles paraissait méconnue par le Conseil d'État, lorsqu'il a exclu l'effet direct d'une stipulation au motif qu'aux termes de celle-ci, « *l'État s'engage à prendre des mesures appropriées* » pour respecter les obligations qu'elle impose. Ce qui a été interprété par le Conseil d'État comme un indice de l'incomplétude de la règle conventionnelle n'était en définitive qu'une formalisation de l'engagement de l'État à respecter la règle invoquée. C'est donc ici l'engagement de l'État à respecter ses obligations internationales qui a exclu son application juridictionnelle.

321. La nouvelle rigueur du Conseil d'État dans l'examen du critère objectif de l'effet direct rejoint la fermeté dont fait preuve la Cour de justice lorsqu'elle est appelée à en apprécier la satisfaction.

⁹⁰⁶ Carlo SANTULLI signalait ce risque du retour au nominalisme dans ses observations sur l'arrêt *GISTI et FAPIL*. À propos de l'appréciation de la satisfaction du critère de la complétude, il affirmait ainsi que dans « *un premier sens, il s'agirait de vérifier que, eu égard à l'état du droit interne et aux pouvoirs du juge, celui-ci peut appliquer la disposition qui, du coup, 'ne requiert' pas un acte complémentaire au sens où un tel acte n'est pas nécessaire en l'état du droit et eu égard aux pouvoirs du juge. Dans un second sens, il faudrait se référer aux termes du traité pour déterminer si les États s'engagent à prendre des mesures en vue de réaliser l'objectif fixé, ce qui "requiert" un acte complémentaire au sens où cet acte est exigé par le traité (même s'il ne serait pas indispensable en l'état du droit et eu égard aux pouvoirs du juge)* ». C'est ici le second sens qui agite le spectre du nominalisme car, « *inévitablement, le Conseil sera amené très souvent à s'abriter derrière les mêmes formules qu'auparavant pour refuser l'effet direct. Simplement, au lieu de se référer au début de la phrase généralement retenue par les textes conventionnels, "les États s'engagent..." ; il se fondera sur sa suite habituelle, "...à prendre toutes les mesures..."* », (« Chronique de droit administratif et droit international (année 2012) », préc., p. 418).

⁹⁰⁷ Carlo SANTULLI, « Chronique de droit administratif et droit international (année 2012) », préc., p. 319.

ii) Le formalisme persistant de la Cour de justice dans son examen de la complétude des stipulations conventionnelles

322. De la même manière que le Conseil d'État, la Cour de justice estime qu'une stipulation conventionnelle qui fait référence à l'édition d'un acte interne d'exécution de l'obligation qu'elle porte est nécessairement incomplète. La Cour de justice considère en effet qu'un tel renvoi induit nécessairement que la production des effets juridiques de la stipulation conventionnelle en cause est subordonnée à l'intervention d'un acte ultérieur, et se trouve par conséquent dépourvue d'effet direct. La Cour a ainsi jugé, à l'occasion de l'arrêt *SCF*, que l'article 23, paragraphe 1 de l'accord WPPT⁹⁰⁸, aux termes duquel les parties contractantes s'engagent « à adopter, en conformité avec leur système juridique, les mesures nécessaires pour assurer [son] application »⁹⁰⁹, avait pour effet de rendre conditionnelles l'ensemble des stipulations de l'instrument dont il relève. C'était donc l'engagement de l'Union à se conformer aux obligations posées par l'accord WPPT au moyen de l'édition d'actes juridiques concrétisant ses prescriptions – mentionné à l'article 23, paragraphe 1 – qui s'opposait à leur effet direct. Il est intéressant de noter que l'existence de ce même type de stipulations, imposant « à leurs signataires une obligation d'adaptation de leur droit national »⁹¹⁰, est à l'inverse une condition *sine qua non* de l'invocabilité de mise en œuvre des accords internationaux⁹¹¹.

323. Dans le même ordre d'idées, l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus, qui stipule que seuls « les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par [le] droit interne »⁹¹² peuvent engager des procédures juridictionnelles administratives contre les autorités publiques ayant violé le droit national de l'environnement, a été jugé conditionnel et,

⁹⁰⁸ Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000, *JOCE*, L 89, p. 6.

⁹⁰⁹ CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pt. 47.

⁹¹⁰ TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, T-19/01, *Rec. p. II-315*, pt. 160, com. Nikolaos LAVRANOS, « The Chiquita and Van Parys judgments: an exception to the Rule of Law », *LIEI*, 2005, pp. 449-460 ; Flavien MARIATTE, « Le juge communautaire et l'effet des décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Rapide examen des arrêts de la Cour, du 1^{er} mars 2005, aff. C-377/02, van Parys, et du Tribunal, du 3 février 2005, aff. T-19/01, Chiquita Brands e.a. contre Commission », *Europe*, 2005, n°5, pp. 7-11.

⁹¹¹ Pour une analyse exhaustive de cette condition d'applicabilité de l'hypothèse *Nakajima*, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

⁹¹² Cet article stipule *in extenso* que « chaque partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ».

ipso jure, dénué d'effet direct⁹¹³. La Cour de justice a ici adopté une interprétation stricte du concept de la conditionnalité, dans la mesure où le pouvoir attribué aux autorités publiques des parties contractantes d'édicter une norme interne qui préciserait les membres du public concernés par une décision à incidence environnementale fonde le défaut d'effet direct de l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus. Autrement dit, le fait que les autorités normatives des parties contractantes aient la possibilité de préciser le champ d'application *ratione personae* de la stipulation invoquée, motive l'exclusion de son effet direct⁹¹⁴. Il est à noter que l'édiction de cette norme ajoutant du contenu normatif à la stipulation conventionnelle en cause est un pouvoir dont sont investies les autorités publiques internes. Il ne s'agit en effet pas d'une obligation qui s'impose à elles, puisque les précisions que ces autorités peuvent apporter pour restreindre le champ des membres du public concernés par une pollution sont qualifiés d'« éventuels ». La conditionnalité de la règle conventionnelle est ici déduite de la simple possibilité qu'elle offre aux autorités publiques internes d'en préciser le contenu normatif.

324. Plus récemment, la Cour de justice a également récusé la complétude de la Convention des Nations Unies sur les personnes handicapées dans un arrêt *Board of management of a community school*⁹¹⁵. Elle a estimé que le fait que « les obligations imposées par ladite convention », qui consistent dans l'adoption de mesures protectrices des personnes handicapées « visent les parties contractantes », de sorte que « les dispositions de cette convention ne constituent pas, du point de vue de leur contenu, des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises, [...] et qu'elles sont donc dépourvues d'effet direct »⁹¹⁶. Or, pour parvenir à cette conclusion elle se réfère aux termes de son article 4, paragraphe 1, qui engage les États parties à « [a]dopter toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention », et de son article 4, paragraphe 3, qui impose la consultation des personnes handicapées « dans l'élaboration et la mise en œuvre des lois et des politiques adoptées aux fins de l'application de ladite convention »⁹¹⁷. Ce raisonnement de la Cour est empreint de

⁹¹³ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 45.

⁹¹⁴ Eleanor SHARPSTON, 15 juillet 2010, conclusions sur CJUE, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 88.

⁹¹⁵ CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, C-363/12.

⁹¹⁶ CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, préc., pts. 88-90.

⁹¹⁷ CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, préc., pt. 87.

formalisme, puisque la Cour ne se réfère qu'à la lettre du traité en cause, « *sans qu'il soit besoin d'examiner la nature et l'économie de la convention de l'ONU* »⁹¹⁸, pour conclure à son incomplétude.

325. Le Conseil d'État et la Cour de justice font donc preuve d'une grande rigueur lorsqu'ils apprécient la complétude des termes de la stipulation conventionnelle invoquée. Le manque de souplesse d'un tel modèle d'appréciation de la complétude n'est toutefois pas l'apanage des juridictions françaises et unionnaires. Les juridictions des États-Unis ont ainsi récusé l'effet direct du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹¹⁹, au motif que son article 2, paragraphe 2 stipule que « *[l]es États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte* »⁹²⁰. L'engagement des parties contractantes à adopter des actes complémentaires pour mettre en œuvre les obligations du Pacte a fondé le refus de son invocabilité par les juridictions américaines. Cette solution peine à convaincre, tant il est difficile d'admettre que l'engagement d'un État à mettre son ordre juridique en conformité avec les obligations qu'impose un accord international constitue le motif de l'immunité juridictionnelle des actes juridiques internes qui les violent⁹²¹. Cependant, certains indices complémentaires, tels que la finalité et le contexte de la stipulation invoquée permettent de moduler cette rigidité.

⁹¹⁸ CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, préc., pt. 90.

⁹¹⁹ United States District Court for the Northern District of Ohio, 2004, *Naoum v. Attorney General of the United States*, 200 F F supp 2d, *ILDC* (US 2004) 1038. En l'espèce, les juges de l'Ohio considéraient, qu'au regard de l'article 2, paragraphe 2 du Pacte, « *the ICCPR does not contain express language providing for particular judicial remedies. The general language of the treaty relied by Mr. Naoum does not provide any indication that it was intended to be self-executing or to create private rights of action in the domestic courts of the signatory countries in the absence of further domestic legislative action* ». Traduction : « le PIDCP ne contient pas de stipulations définissant explicitement les conditions de son application juridictionnelle. La globalité de l'accord invoqué par M. Naoum ne fournit aucune indication sur l'intention de rendre le Pacte *self-executing* ou de conférer des droits processuels aux personnes privées devant les juridictions internes des États parties avant que n'ai été édicté un acte législatif complémentaire ».

⁹²⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976.

⁹²¹ André NOLLKAEMPER soutient en ce sens que « *the provisions that require states to take implementing measures in accordance with domestic law should not be taken as an indicator for granting or denying direct effect. [...] Such implementing clauses only reflect an obligation to make the contents for the treaty domestically effective, and do not mean that individual provisions lack normative completeness to be given direct effect* », (*National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., pp. 136-137). Traduction : « Les stipulations qui imposent aux États d'édicter des mesures d'exécution dans leur ordre juridique ne devraient pas être considérées comme un facteur de dévolution ou de refus de l'effet direct. [...] De telles stipulations ne reflètent qu'une

b) *La finalité et le contexte de la stipulation, indices complémentaires de l'examen du caractère complet des stipulations conventionnelles*

326. La Cour de justice et le Conseil d'État prennent en considération la finalité d'un accord pour déterminer le degré de rigueur avec lequel ils examinent la complétude des règles conventionnelles (i). La juridiction de l'Union peut en outre employer la méthode systématique et s'appuyer sur les termes d'une stipulation non invoquée par les requérants pour inférer la conditionnalité ou l'inconditionnalité de l'ensemble de l'accord dans lequel elle se situe (ii).

i) La méthode téléologique employée par la Cour de justice et le Conseil d'État pour apprécier la complétude des règles conventionnelles

327. La Cour de justice interprète le caractère complet des règles conventionnelles, non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels elles sont rédigées, mais également à la lumière de leur finalité. Aussi, les velléités d'étendre l'effet direct de certaines règles de droit de l'Union européenne d'origine interne à des stipulations conventionnelles dont l'énoncé normatif était équivalent se sont vues opposer une fin de non-recevoir par la Cour. Bénédicte Thornay a remarqué l'importance du contexte dans lequel se situe la norme invoquée dans l'évaluation de la complétude, *« puisqu'il s'agit d'un environnement juridique différent, les résultats auxquels la Cour parvient sont différents de ceux relatifs aux dispositions de droit communautaire stricto sensu, même si leur texte est identique »*⁹²².

328. La juridiction de l'Union estime ainsi depuis l'arrêt *Metalsa* que *« l'extension de l'interprétation d'une disposition du traité à une disposition, rédigée en termes comparables, similaires ou même identiques, figurant dans un accord conclu par la Communauté avec un pays tiers, dépend notamment de la finalité poursuivie par chacune de ces dispositions dans le*

obligation de garantir l'effectivité du traité dans l'ordre interne, et ne signifient pas que celles-ci ne soient pas suffisamment complètes pour produire un effet direct ».

⁹²² Bénédicte THORNAY, « L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », préc., p. 334.

cadre qui lui est propre et que la comparaison des objectifs et du contexte de l'accord, d'une part, et de ceux du traité, d'autre part, revêt à cet égard une importance considérable »⁹²³. Cette « doctrine *Metalsa* » – qui prescrit l'autonomie des interprétations des normes unionaires d'origines interne et internationale de même énoncé – a été appliquée par la Cour dans le cadre de son office d'interprète de l'effet direct des règles conventionnelles. Dans l'arrêt *Polydor*, la Cour de justice a d'abord constaté que « les dispositions de l'accord d'association [CEE-Turquie] relatives à la suppression des restrictions aux échanges sont conçues à plusieurs égards de manières comparable à celle du Traité CE », avant d'ajouter que ces dispositions « n'ont pas la même finalité que le Traité CE », et de conclure que « la similitude des termes n'est pas une raison suffisante pour transposer l'effet direct au système de l'accord »⁹²⁴. Le traitement différencié des dispositions communautaires *stricto sensu* et des stipulations conventionnelles dont les énoncés sont comparables ne doit toutefois pas être considéré comme une donnée intangible du droit de l'Union⁹²⁵.

329. Par exemple, les stipulations de nombreux accords de coopération et d'association interdisant les inégalités de traitement dans le travail – règle « d'importance fondamentale »⁹²⁶ – se sont vues étendre l'effet direct qui avait été antérieurement attribué

⁹²³ CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Metalsa Srl contre Gaetano Lo Presti*, préc., pt. 11; CJCE, 12 décembre 1995, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Chiquita Italia SpA*, préc., pt. 52 ; CJCE, 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, préc., pt. 48.

⁹²⁴ CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. contre Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, préc., pts. 14 et 18 ; Christophe HILLION observe que les interprétations de la substance des droits portés par les stipulations des accords d'association n'ont pas non plus vocation à correspondre à celles antérieurement attribuées par la Cour au droit primaire : « [the Court] cannot extend its interpretation of article 43 EC to European Association right of establishment, on the ground that Member States may still apply their domestic immigration rules to EA nationals », (« Annotation of Cases C-63/99 *Gloszczuk*; C-235/99 *Kondova*; C-257/99 *Barkoci and Malik*; Case C-268/99 *Jany*; Case C-162/00 *Poprzepowicz-Meyer* », *CML Rev.*, 2003, pp. 465-491 (487)). Traduction : « La Cour ne peut pas étendre son interprétation de l'article 43 du TCE à la liberté d'établissement consacrée par l'accord d'association, dans la mesure où les États membres peuvent toujours appliquer les règles nationales relatives à l'immigration aux ressortissants des États associés ».

⁹²⁵ À l'occasion de l'affaire *Eurim Pharm*, l'avocat général Giuseppe TESAURO expliquait que l'interprétation contextualisée, pratiquée dans la jurisprudence *Metalsa*, n'était « rien d'autre que l'application d'un principe général d'interprétation des traités selon lequel une règle doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel elle s'insère », avant de préciser que les interprétations différenciées de textes rédigés en termes équivalents devaient être explicitement justifiées, indiquant qu'« en présence de dispositions rédigées en termes substantiellement identiques et qui expriment des règles d'importance fondamentale, tant dans le cadre du Traité CE que dans celui d'un accord de libre-échange, il convient néanmoins de déterminer les raisons spécifiques qui peuvent éventuellement amener à des interprétations divergentes », (Giuseppe TESAURO, 18 février 1993, conclusions sur CJCE, *Eurim-Pharm GmbH contre Bundesgesundheitsamt*, C-207/91, *Rec.* p. I-3733, pts. 15-16).

⁹²⁶ On reprend ici le vocable employé par l'avocat général TESAURO, car il indiquait que l'importance fondamentale de la règle conventionnelle en cause renforçait la nécessité d'adopter une interprétation équivalente à celle retenue par la Cour de l'acte de droit de l'Union rédigé en termes identiques, (Giuseppe

aux dispositions symétriques de droit de l'Union d'origine interne. La finalité d'intégration progressive des économies de l'État tiers et de l'Union européenne⁹²⁷, poursuivie par les accords d'association⁹²⁸ et de coopération⁹²⁹, a alors permis de conclure au caractère clair et inconditionnel de leurs stipulations qui interdisent les discriminations⁹³⁰. L'examen complémentaire de la finalité des accords peut donc jouer un rôle déterminant dans la reconnaissance du caractère complet de la stipulation invoquée.

330. La finalité des accords d'association leur offre en effet un statut privilégié. Piet Eeckhout note ainsi que « *the swiftness with which the Court concluded that there was direct effect appeared to indicate that association agreements are in principle capable of producing direct effect* »⁹³¹. Selon Bénédicte Thornay, ces accords « *vont bien au-delà des réglementations purement commerciales et concernent une coopération étroite associée à un vaste soutien financier de la Communauté en faveur du partenaire à l'accord* »⁹³². L'avocat général Villalón a noté à cet égard que si ces accords « *sont des conventions internationales relevant du droit international public, elles font cependant, en vertu d'une jurisprudence*

TESAURO, 18 février 1993, conclusions sur CJCE, *Eurim-Pharm GmbH contre Bundesgesundheitsamt*, préc., pt. 16).

⁹²⁷ Sans que soit nécessaire la perspective d'une future adhésion, V. Christine STIX-HACKL, 11 janvier 2005, conclusions sur CJCE, *Igor Simutenkov contre ministerio de educion y cultura et Real Federación Española de Fútbol*, préc., pts. 36-37.

⁹²⁸ Concernant l'Accord CEE-Pologne : CJCE, 29 janvier 2002, *Land Nordrhein-Westfalen contre Beata Pokrzeptowicz-Meyer*, C-162/00, Rec. p. I-1049 ; concernant l'article 9 de la décision du Conseil d'association CEE-Turquie relative au principe de lutte contre les discriminations : CJCE, 7 juillet 2005, *Gaye Gürol contre Bezirksregierung Köln*, C-374/03, Rec. p. I-6199.

⁹²⁹ Concernant l'Accord CEE-Russie : CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre ministerio de educion y cultura et Real Federación Española de Fútbol*, préc. ; concernant l'Accord CEE Maroc : CJCE, 31 janvier 1991, *Office national pour l'emploi contre Bahia Kziber*, préc. ; concernant les conventions ACP-CEE : CJCE, 24 novembre 1977, *Jean Razatsimba*, 65/77, Rec. p. I-2229.

⁹³⁰ Le juge ROSAS observe ainsi que « *[the] provisions of international agreements which are sufficiently clear precise and unconditional may have direct effect, thereby establishing rights that individuals can invoke before Courts and authorities. This is often the case with respect to non-discrimination clauses contained in bilateral agreements concluded with countries with the EU maintains close relations, including association agreements conclude with candidate countries* », Allan ROSAS, « The European Court of Justice and public international law », in Jan WOOTERS, Andre NOLLKAEMPER, Erica DE WET (dir.), *The Europeanization of international law*, La Haye, T.M.C. Asser press, 2008, pp. 71-85 (75). Traduction : « les stipulations des accords internationaux qui sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles, peuvent produire un effet direct et attribuer ainsi aux individus des droits dont ils peuvent se prévaloir devant les juridictions et les autorités internes. C'est souvent le cas pour les clauses de non-discrimination figurant dans les accords bilatéraux conclus avec des États avec lesquels l'Union européenne entretient des relations étroites, et notamment dans les accords d'association conclus avec des États candidats à l'adhésion ».

⁹³¹ Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 334. Traduction : « La promptitude avec laquelle la Cour a conclu qu'il y avait un effet direct semble indiquer que les accords d'association sont en principe aptes à produire un effet direct ». V. également, Mario MENDEZ, *The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, préc., p. 293.

⁹³² Bénédicte THORNAY, « L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », préc., p. 342.

constante de la Cour, partie intégrante du droit communautaire »⁹³³. L'interprétation par la Cour de justice de ces accords d'association selon les règles définies par la Convention de Vienne⁹³⁴, alors même qu'ils sont classés dans les arrêts de la Cour parmi les sources internes du droit de l'Union, témoigne de l'hybridité qui les singularise.

331. Devant le Conseil d'État, l'appréciation du caractère précis et inconditionnel des stipulations invoquées est certes en partie guidée par leur syntaxe, mais elle repose aussi sur la finalité de l'accord qui les porte, au travers de la prise en considération de la nature des droits qu'il véhicule. La méthode d'appréciation du critère objectif retenue par le Conseil d'État se rapproche de celle de la Cour de justice dans la mesure où elle confère une importance certaine à l'objet et à la finalité de l'accord invoqué. La prédisposition du Conseil d'État français à reconnaître la complétude des stipulations d'un accord de protection des droits fondamentaux est en grande partie déterminée par le type de droits qu'elles défendent. Tandis que les règles conventionnelles qui imposent le respect de droits-libertés, de droits-garanties ou de droits-participations sont régulièrement jugées complètes par le juge administratif, celles qui créent des droits-créances⁹³⁵ sont souvent désignées comme étant conditionnelles, car l'édiction de certains actes juridiques par les autorités politiques étatiques est nécessaire à leur garantie⁹³⁶.

332. À titre d'illustration, les articles 2, 9 et 10 paragraphe 2 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ont été jugés dépourvus d'effet direct⁹³⁷.

⁹³³ La formule est maladroite, dans la mesure où tous les accords internationaux liant l'Union font partie intégrante du droit de l'Union. Mais l'avocat général entend avant tout souligner par cette formule la singularité du traitement juridictionnel des accords d'association, qui est similaire à celui réservé au droit dérivé de l'Union. Pedro CRUZ VILLALON, conclusions sur CJUE, 11 avril 2013, *Leyla Ecem Demirkan contre Bundesrepublik Deutschland*, C-221/11, pt. 8, nbp. 4.

⁹³⁴ Pieter Jan KUIJPER, « The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo CANNIZZARO (dir.) *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, op. cit., p. 258.

⁹³⁵ Cette classification correspond par ordre de mention aux *status negativus*, *status subiectionis*, *status activus* et *status positivus* de Georg Jellinek ; à propos de cette classification, V. Pauly WALTER, « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Jellinek », in Olivier JOUANJAN (dir), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 293-312.

⁹³⁶ Ce traitement différencié des droits civils et politiques et des droits créances n'est pas l'apanage de la France. André NOLLKAEMPER souligne que, dans tout ordre juridique étatique, « *this criterion [of completeness] explains why generally courts have little trouble in applying, and giving direct effect to, relatively specific civil and political rights, but decline to do so for social-economic and cultural rights* », (*National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., p. 136). Traduction : « ce critère [de la complétude] explique pourquoi les juridictions sont toutes disposées à appliquer, et à conférer l'effet direct aux droits civils et politiques, mais refusent d'agir de la sorte concernant les droits sociaux, économiques et culturels ».

⁹³⁷ CE, ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, *Leb.* p. 37 ; concernant l'article 9 : CE, 6 novembre 2000, *GISTI*, n°204784, *Tables Leb.*, pp. 782, 1031 ; concernant l'article 10 : CE, 23 décembre 2010, *Association Aide*, n°335738, *Tables Leb.* p. 774, 991.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Rouquette*, le Commissaire du gouvernement Christine Maugüe affirmait que la rédaction de l'article 9 du PIDESC, aux termes duquel « [l]es États-parties au présent pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales [...], paraît poser une règle qui a les particuliers pour destinataires, mais d'une part une telle stipulation est très générale et extrêmement vague [...] d'autre part cette règle n'est pas susceptible d'être appliquée à des cas individuels sans l'intervention de mesures internes de caractère normatif »⁹³⁸. Or, cette formulation de l'article 9, selon laquelle « les États parties au présent acte reconnaissent le droit ... » à la sécurité sociale, est précisément celle de l'article 1^{er} de la CEDH, qui permet au Conseil d'État d'attribuer l'effet direct à l'ensemble de ses stipulations⁹³⁹. Il est intéressant de relever que la Cour de cassation a, au contraire, reconnu un effet direct à l'article 6 du PIDESC qui consacre le droit de gagner sa vie par un travail librement choisi. La très Haute juridiction judiciaire a ensuite jugé l'article 75 du Code du commerce local applicable dans les départements du Haut-Rhin, qui permettait le licenciement sans contrepartie financière, contraire à ses prescriptions⁹⁴⁰. Cette disjonction des jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation relatives à l'effet direct des conventions internationales de protection des droits sociaux⁹⁴¹ prête à critique, dans la mesure où elle introduit une discrimination entre les travailleurs selon qu'ils exercent leur profession dans le secteur public ou privé. En effet, le fonctionnaire ne peut revendiquer devant le Conseil d'État français la violation de l'un de ses droits sociaux conventionnels par la personne publique qui l'emploie ; tandis que le salarié d'une entreprise privée peut contraindre son employeur à respecter ces droits, dans l'hypothèse où une application du droit du travail national a conduit à leur violation. Il est enfin notable

⁹³⁸ Christine MAUGÜE, « La légalité du décret du 26 février 1998 relatif aux allocations familiales au regard des normes du droit interne et du droit international », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 357-372 (360).

⁹³⁹ V. CREDOF, « Amicus curiae spontané – Projet de recherches sur la justiciabilité des droits sociaux », mars 2010, disponible sur internet à l'adresse qui suit : <http://fr.scribd.com/docontre93462109/Amicus-Curiae-CREDOF>, p. 8. L'article 1^{er} de la CEDH dispose *in extenso* que « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

⁹⁴⁰ La Cour juge que l'article 6, alinéa 1 PIDESC, qui est « directement applicable en droit interne », et « qui garantit le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave ; Attendu que débouter M. X de sa demande relative à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence prévue par l'article 74 du code du commerce local, l'arrêt énonce qu'en vertu de l'article 75, alinéa 3, de ce code, en cas de faute grave, le salarié ne peut prétendre à une indemnité de ce chef ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés » : Cass. soc., 16 décembre 2008, *Eichenlaub contre Axia France*, n°05-40876, *Bull. civ.*, n°251.

⁹⁴¹ Cette disjonction est également constatée par Saïda EL BOUDOUHI, (« Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », *R.F.D.A.*, 2014, pp. 371-386 (376)).

que, depuis l'arrêt *Melles Valton et Crepeaux*, le même traitement est réservé par le Conseil d'État aux stipulations de la Charte sociale européenne auxquelles l'effet direct est largement dénié⁹⁴². Les stipulations conventionnelles nécessitent donc une précision variable pour être jugées complètes par la très haute juridiction administrative : cette exigence est minimale pour les droits-libertés (CEDH) et pour les droits-participations (PIDCP), elle est en revanche maximale concernant les droits-créances (CSE, PIDESC)⁹⁴³.

333. La Cour de justice de justice a de son côté ponctuellement recours à la méthode systématique pour évaluer la complétude des stipulations conventionnelles portées à sa connaissance.

ii) La méthode systématique employée par la Cour de justice pour apprécier la complétude des règles conventionnelles

334. À titre subsidiaire, la juridiction de l'Union peut avoir recours à la méthode de l'interprétation systématique lorsque celle-ci s'avère nécessaire. Par exemple, dans l'arrêt *Air Transport Association of America*, la Cour a apprécié le caractère précis et inconditionnel d'une stipulation conventionnelle en se référant à une autre stipulation « éclairante » du même instrument. Et, pour conclure à l'effet direct de l'article 15, paragraphe 3 de l'accord

⁹⁴² CE, 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget (Melle Valton et Melle Crepeaux)*, *Leb.* p. 148 ; maintien de cette position du Conseil d'État à la suite de la révision de la Charte de Strasbourg le 3 mai 1996 : CE, 10 octobre 2011, *Union syndicale solidaires Isère*, n°301014, inédit ; CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n°317225, inédit ; CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc., pts. 8 et 9 ; l'arrêt *Réunion des organismes Conventionnés assureurs* ne consacrait pas l'effet direct l'article 24 de la Charte sociale européenne, car le Conseil d'État introduit le constat de sa non-violation par les actes attaqués par la formule « en tout état de cause », et indiquait par là que ce moyen est surabondant : CE, 26 février 2007, *Réunion des organismes Conventionnés assureurs*, n°289744, *Tables Leb.*, pp. 647, 985 ; la formule a également été employée pour constater la conformité du droit français aux articles 15 et 17 de la même Charte sociale européenne, en dépit de leur défaut d'effet direct : CE, 24 août 2011, *Association Vaincre l'autisme*, n° 332876, inédit. L'effet direct a toutefois depuis été attribué à l'article 24 de la Charte, dans un arrêt qui pourrait préfigurer un mouvement d'élargissement de l'invocabilité de cet instrument international : CE, 10 février 2014, *Commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat*, préc.

⁹⁴³ Cette analyse est contestée par Olivier LE BOT, qui constate une équivalence des conditions d'admission de l'effet direct de ces différentes catégories de règles conventionnelles. Les développements qui suivent ont pour objet de démontrer que si les critères restent effectivement identiques, les exigences auxquelles l'admission de leur satisfaction est soumise diffèrent, (« Le juge administratif et la procédure d'urgence », *R.D.S.S.*, 2010, pp. 812-823).

“*Ciel ouvert*”⁹⁴⁴, la Cour de justice procède à une lecture combinée de celui-ci avec ses articles 2 et 3, paragraphe 4⁹⁴⁵. En l’occurrence, pour déterminer les limites pouvant être apportées aux mesures de protection de l’environnement imposées aux transporteurs aériens prévus par l’article 15, paragraphe 3 de l’accord *Ciel ouvert*, la juridiction de l’Union s’est référée aux articles 2 et 3 dudit accord, et en a déduit que de telles mesures ne pouvaient en aucun cas porter atteinte à la libre concurrence entre les acteurs économiques du secteur du transport aérien. De sorte que la norme a été jugée complète, car la marge d’appréciation des autorités publiques désireuses d’instituer des mesures de protection de l’environnement dans le domaine du transport aérien était encadrée par l’accord *Ciel ouvert*.

335. L’interprétation systématique peut cependant conduire à un résultat inverse dans la mesure où les termes dans lesquels est rédigée une stipulation conventionnelle peuvent avoir pour effet de rendre conditionnel l’ensemble des prescriptions de l’accord dans lequel elles se situent. Ce fut le cas dans l’arrêt *SCF*⁹⁴⁶, à l’occasion duquel la Cour de justice a, comme indiqué précédemment⁹⁴⁷, déduit de l’article 23, paragraphe 1 WPPT, que « *l’application des dispositions du WPPT, dans leur exécution ou dans leurs effets, est subordonnée à l’intervention d’actes ultérieurs* »⁹⁴⁸.

336. Au-delà de la finalité et du contexte des stipulations conventionnelles, le cadre institutionnel institué par un accord international peut également servir d’indice dans le cadre de l’examen de la complétude des stipulations qu’il porte.

c) *L’existence d’une instance internationale sanctionnant la violation des stipulations conventionnelles prise en considération par le Conseil d’État pour apprécier leur complétude*

337. L’existence d’une instance internationale compétente pour sanctionner les violations d’un accord international revêt une importance certaine lors de l’examen par le Conseil d’État de la complétude des stipulations qui le composent. Cette faveur accordée aux ordres

⁹⁴⁴ Accord sur les services aériens entre la Communauté européenne et ses États membres, d’une part, et les États-Unis d’Amérique, d’autre part, préc..

⁹⁴⁵ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pts. 95-100;

⁹⁴⁶ CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc.

⁹⁴⁷ V. *supra*, ce 2), a), ii).

⁹⁴⁸ CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pt. 48.

juridiques internationaux juridictionnalisés est à regretter, car, comme l'a relevé Evelyne Lagrange, l'office des juridictions internes s'avère d'autant plus important « *quand il n'existe point de mécanisme international performant de contrôle ou d'engagement de la responsabilité de l'État car à défaut, l'efficacité de ces normes serait nulle* »⁹⁴⁹.

338. L'engagement de la responsabilité internationale de la France qui procède de la condamnation prononcée par une instance internationale exerce une pression sur l'État dont les organes se trouvent contraints d'adopter un comportement normatif qui soit de nature à permettre la cessation de l'illicite. L'influence de l'office de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'état du droit des parties contractantes illustre bien ce phénomène. La jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a également eu un rôle central dans la promotion de la justiciabilité du Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP) dans l'ordre interne⁹⁵⁰. Le protocole facultatif relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies le 10 décembre 2008⁹⁵¹, qui a pour objet d'ouvrir aux particuliers la possibilité de saisir directement le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CODESC), pourrait, quant à lui, œuvrer en faveur de la promotion de la justiciabilité du PIDESC. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels faisait déjà part en 1998 de sa volonté de voir l'invocabilité du PIDESC promue par les juridictions des États parties : « *[I]e comité a déjà précisé qu'il considèrerait que de nombreuses dispositions du Pacte se prêtent à une application immédiate. [...] Il est parfois affirmé que les questions d'allocation de ressources sont du ressort des autorités politiques et non des tribunaux. Il faut, bien sûr, respecter les compétences respectives des différentes autorités de l'État, mais il y a lieu de reconnaître que, généralement, les tribunaux s'occupent déjà d'un vaste éventail de questions qui ont d'importantes incidences financières. L'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction*

⁹⁴⁹ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 312 ; John H. JACKSON, « Status of Treaties in Domestic Legal System », *AJIL*, 1992, pp. 310-340.

⁹⁵⁰ Bérangère TAXIL, « Les normes internationales », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, *op. cit.*, p. 451. Le Conseil d'État admet en effet avec constance l'effet direct du PIDCP, V. par exemple, CE, 21 mars 2012, *Madame Marine A*, n°355137, inédit ; CE, 26 septembre 2005, *Association collectif contre l'handiphobie*, préc. ; CE, 25 avril 2001, *Association choisir la vie*, n°216521, inédit.

⁹⁵¹ Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 10 décembre 2008, entré en vigueur le 5 mai 2013, A/RES/63/117, Disponible sur http://www.ldh-france.org/IMG/pdf/Protocole_facultatif_DESC.pdf.

des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société »⁹⁵². Depuis l'entrée en vigueur le 5 mai 2013 du protocole facultatif relatif à l'accès au CODESC, les recours directs sont devenus possibles devant ce prétoire. Si bien que l'office de cette juridiction internationale pourrait avoir pour conséquence de promouvoir l'effet direct du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux dans l'ordre juridique français⁹⁵³.

339. L'arrêt *GISTI et FAPIL*⁹⁵⁴ a donc initié une convergence entre les méthodes d'appréciation de l'effet direct employées par le Conseil d'État et la Cour de justice de l'Union. Longtemps, la très haute juridiction administrative a préféré écarter l'effet direct des stipulations invoquées sur le fondement du critère subjectif. La satisfaction de ce critère s'avérait en effet difficile en raison du formalisme des raisonnements du juge administratif français. Il attachait ainsi une importance décisive à l'existence de certaines formules dont l'usage excluait *per se* son aptitude à produire un droit subjectif. Mais l'abandon du critère rédactionnel a conduit le Conseil d'État à calquer ses méthodes d'appréciation de l'effet direct sur celles de la Cour de justice. Aujourd'hui, les deux juridictions accordent une importance prégnante à l'examen du caractère complet de la stipulation invoquée. Elles partagent en outre une commune rigueur dans l'examen de la complétude des normes conventionnelles. Cette rigueur apparaît toutefois critiquable dans la mesure où elle permet la survivance d'un critère rédactionnel dans les appréciations des juges français et de l'Union. La référence à un acte juridique interne d'exécution est souvent considérée comme probatoire du caractère conditionnel de la norme. Finalement, un jeu de vase communicant a conduit à déplacer le filtre le plus hermétique de l'effet direct (le filtre rédactionnel) du critère subjectif au critère objectif, ce qui a permis la survivance du formalisme dans les raisonnements de la Cour de justice et du Conseil d'État. Et cet élément de continuité est à déplorer tant il est acquis que

⁹⁵² Comité des Droits économiques, sociaux et culturels (CESCR), 3 décembre 1998, *Observation générale n°9. Application au niveau national*, E/C.12/1998/24, disponible sur internet : <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm9f.htm>, pt. 10.

⁹⁵³ Signé le 31 décembre 2012 par la France, le PIDESC doit encore être ratifié pour entrer en vigueur dans l'ordre juridique français.

⁹⁵⁴ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

les critères formels ne sont pas les plus à même de restituer l'intention des auteurs des traités. Tout au plus l'emploi de certaines formulations – telles “les États s'engagent à” ou “reconnaissent que” – devrait être appréhendé comme un indice plaidant en faveur ou en défaveur de la satisfaction des critères objectif et subjectif de l'effet direct⁹⁵⁵. La prise en considération de la finalité et du contexte de la norme conventionnelle permet toutefois aux juridictions de Paris et de Luxembourg d'assouplir cette rigueur lorsque sont en cause certains accords internationaux dont l'objet favorise l'invocabilité dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. C'est ainsi que ces juridictions admettent aisément la complétude des accords internationaux qui visent par exemple à intégrer progressivement l'économie de certains États tiers (cas des accords d'association et de coopération), ou à protéger les droits-libertés des particuliers (cas de la CEDH et du PIDCP).

* *
*

340. Conclusion de chapitre : Les écrans constitutionnel et juridictionnel qui s'interposent entre la norme internationale et l'individu dans les ordres juridiques français et de l'Union présentent une certaine perméabilité. Les règles conventionnelles peuvent aisément traverser l'écran constitué par les conditions constitutionnelles qui subordonnent leur applicabilité et devenir de la sorte des éléments de la légalité française et de l'Union européenne. En dehors des accords conclus sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, qui souffrent d'un défaut d'application réciproque, rares sont les accords dont l'invocabilité est récusée en raison de leur inapplicabilité. Au contraire, le refus de l'effet direct, c'est-à-dire la négation de l'aptitude d'une stipulation conventionnelle à véhiculer un droit subjectif, est chose commune devant le Conseil d'État et la Cour de justice. La justiciabilité du droit conventionnel reste pour cette raison ancrée dans la théorie subjective de l'invocabilité. Ce relatif hermétisme de leur jurisprudence vis-à-vis de la source conventionnelle tend cependant à s'atténuer. La diffusion de l'effet direct des stipulations conventionnelles peut être illustrée par la récente consécration par le Conseil d'État de l'effet direct de l'article 6-1 de la Convention n°97 de

⁹⁵⁵ Béragère TAXIL indique que ce type de rédaction « ne peut [...] être, en elle-même, déterminante. Tout au plus s'agit-il d'un indice venant confirmer des précédents [l'aptitude à produire des droits et la complétude de la règle conventionnelle en cause] », (*L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, op. cit., p. 380).

l'OIT⁹⁵⁶ et, pour ce qui concerne la Cour de justice, de nombreuses stipulations d'instruments internationaux qui régissent le secteur du transport aérien⁹⁵⁷. En outre, l'examen du caractère inconditionnel de ces normes est l'épicentre de l'appréciation de l'effet direct des règles de droit de l'Union d'origine interne depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*⁹⁵⁸. De sorte que l'avènement du critère de la complétude comme filtre prioritaire et décisif de la reconnaissance de l'effet direct des stipulations conventionnelles rapproche les conditions d'admission de l'effet direct du droit de l'Union d'origine interne et du droit conventionnel international. Le centrage du filtrage de l'examen de l'effet direct des règles extranationales sur le critère de la complétude permet ainsi une harmonisation du traitement contentieux des différentes sources externes de la légalité française et de l'Union européenne. L'effet direct de la règle de droit de l'Union européenne d'origine interne reste toutefois plus aisément admis que celui de la règle de droit conventionnel international, dans la mesure où la complétude de la première demeure plus libéralement reconnue que celle de la seconde.

* *
*

⁹⁵⁶ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

⁹⁵⁷ CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc.

⁹⁵⁸ CJCE, 5 février 1963, *N.V. Aalegemene Transport-en expeditie Onderneming Van Gend En Loos contre administration fiscale néerlandaise*, préc., p. 3.

341. Conclusion de titre : La Cour de justice et le Conseil d'État ont su atténuer les incohérences qui peuvent résulter de l'application décentralisée des règles de droit conventionnel international. Le sujet de droit français était en effet susceptible de voir les conditions subordonnant son droit d'obtenir la sanction de la violation des règles conventionnelles fluctuer selon que cette inconvencionnalité a procédé d'une action des autorités publiques françaises ou de l'Union. Cette incohérence, tenant à la géométrie variable des conditions d'invocabilité du droit international général, tend actuellement à se dissoudre dans le mouvement de convergence des conditions d'invocabilité des accords internationaux conclus par la France et l'Union européenne. En raison de l'uniformisation tendancielle des méthodes d'interprétation de l'effet direct des accords internationaux employées par le Conseil d'État et la Cour de justice, l'identification de la juridiction compétente pour interpréter une stipulation conventionnelle influe désormais nettement moins sur les probabilités de dévolution au justiciable du droit de s'en prévaloir. Auparavant, ce clivage entre les techniques interprétatives des deux juridictions constituait un facteur d'incertitude lorsqu'un requérant alléguait la violation d'un accord mixte par un acte étatique⁹⁵⁹. Cette incertitude était renforcée par le caractère indéterminé de la notion qui régit la répartition de la compétence pour apprécier l'effet direct des accords mixtes entre la Cour de justice et les juridictions de ses États membres. Actuellement, bien que la compétence de la juridiction de l'Union dépende toujours du fait que la stipulation invoquée relève « *d'un domaine largement couvert* »⁹⁶⁰ par le droit de l'Union, les conséquences de l'imprévisibilité de la réponse apportée par la Cour à cette question sont moindres, dans la mesure où l'alignement de leurs techniques d'interprétation permet de préjuger une solution identique selon que la compétence est dévolue à la Cour de justice ou au Conseil d'État.

⁹⁵⁹ Rappelons que l'appréciation de la validité des actes de droit dérivé de l'Union européenne relève de la compétence exclusive de la Cour de justice : CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *Rec.* p. 4199.

⁹⁶⁰ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 36.

Titre 2 : Les apories de la théorie subjective de l'invocabilité

342. Dans son ouvrage dédié à la définition du concept de droit Herbert Hart soutient qu'une société peut être régie par un ensemble de règles primaires⁹⁶¹, indépendamment de toutes règles secondaires⁹⁶². Il explique en revanche qu'en tel cas, cet ensemble de règles primaires – purement statiques et privées de sanction – n'est pas un système juridique⁹⁶³. Selon Charles Leben, un tel système relève de l'« *anarchie pure* », car « *un système où il existerait des règles primaires mais sans aucune règle secondaire prévoyant la possibilité pour un tiers autorisé de se prononcer à leur sujet n'est pas un système de droit* »⁹⁶⁴. La situation des stipulations conventionnelles dont la violation échappe au contrôle de la Cour de justice et du Conseil d'État en raison de leur défaut d'effet direct porte les germes de cette anarchie décrite par Charles Leben. Certes ces juridictions sont compétentes pour sanctionner les violations des obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct, mais elles neutralisent les potentialités de cette compétence en leur retirant leur justiciabilité, c'est-à-dire « *cette qualité toute spéciale des règles de pouvoir, au moins potentiellement, faire l'objet d'un jugement par un tiers* »⁹⁶⁵. Le défaut d'invocabilité de ces normes conventionnelles empêche que les règles secondaires relatives à la sanction juridictionnelle de leur violation ne

⁹⁶¹ Herbert L.A. HART définit les règles primaires en ces termes : « *les règles du premier type, que l'on peut considérer comme fondamentales ou primaires, prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veulent ou non* », (*Le concept de droit, op. cit.*, p. 99).

⁹⁶² Ce modèle n'est cependant concevable que dans une petite Communauté, étroitement unie par des liens de parenté, des croyances et des sentiments communs. Dans « *le concept de droit* », les règles secondaires sont identifiées comme « *déterminant la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, adoptées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi* », (*Le concept de droit, op. cit.*, pp. 114).

⁹⁶³ Herbert L. A. HART observe qu'une spécificité de l'organisation sociale privée de règles secondaires « *réside dans l'inefficacité de la pression sociale diffuse qui assure le maintien des règles. Des controverses relatives au fait de savoir si une règle a été ou non transgressée, se présenteront toujours et se poursuivront indéfiniment dans toutes les sociétés [...], s'il n'existe pas d'agent spécialement habilités à constater de manière irrévocable, et obligatoire, le fait de la violation* ». Sans organe juridictionnel compétent pour constater de manière obligatoire et irrévocable la violation de ces règles primaires, un ensemble de normes sociales ne peut prétendre à la qualité d'ordre juridique, (*Le concept de droit, op. cit.*, pp. 112-113). Cette anarchie se manifeste selon Hedley BULL dans le fait que les États souverains ne sont soumis à aucun législateur, aucun exécutif, aucun juge, (*The Anarchical Society. A study of Order in World Politics*, Columbia University Press, 3rd ed., 2002).

⁹⁶⁴ L'auteur reconnaît toutefois à l'ordre juridique international la qualité de « *système anarchique "tempéré" dans la mesure où il reconnaît, en dehors du mécanisme d'auto-interprétation du droit pour les sujets eux-mêmes, la validité de la jurisdictio par une instance tierce* », (Charles LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits*, 1989, p. 146).

⁹⁶⁵ Charles LEBEN, « La juridiction internationale », préc., p. 145.

leur soient appliquées, en dépit de leur validité dans un ordre juridique pourtant en principe non anarchique car ayant adhéré aux principes de l'État/ Union de droit⁹⁶⁶. L'objet de ce titre est d'indiquer comment le filtre de l'effet direct, en rompant le lien unissant les règles primaires conventionnelles aux règles secondaires dans les ordres juridiques français et de l'Union, empêche aux juges de la légalité de donner effet à la primauté et au caractère obligatoire de la norme conventionnelle⁹⁶⁷.

343. La combinaison de l'adhésion des ordres juridiques français et de l'Union européenne à la doctrine de l'incorporation et de l'attribution de la primauté à la source conventionnelle crée les conditions d'une dissociation du couple invocabilité/ effet direct dans le cadre du contrôle de la légalité des actes internes⁹⁶⁸. Une règle de droit valide, c'est-à-dire applicable dans son ordre juridique d'appartenance parce qu'édictee selon les formes prescrites d'une norme supérieure, est en effet une règle de droit obligatoire⁹⁶⁹. Ces règles de droit auxquelles les autorités normatives doivent se conformer, lorsqu'elles émettent des normes les concrétisant médiatement ou immédiatement, sont formées « *dès qu'un texte émanant de l'organe constitutionnellement compétent a été régulièrement promulgué* »⁹⁷⁰. Telle est la

⁹⁶⁶ Les deux concepts seront regroupés sous le vocable d'« État de droit » dans la suite des développements.

⁹⁶⁷ André NOLLKAEMPER considère que ces entraves à la réunion des règles primaires et secondaires internationales sont une source de « *pénombre normative* » (*normative penumbra*) pour les ordres juridiques internes, (« Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », *AJIL*, 2007, pp. 759-799 (783). L'auteur n'attribue toutefois pas seulement la responsabilité de cette pénombre aux seules juridictions nationales, estimant également que « *the fact that general international law does not require states to allow their courts to apply international law directly is perhaps the single greatest limitation of the role of national courts as a systemic force in the protection of the international rule of law* », (*National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, p. 126). Traduction : « Le fait que le droit international général n'impose pas aux États d'habiliter leurs tribunaux à appliquer directement le droit international reste sans doute la seule grande barrière à l'accès des juridictions nationales à la qualité de force systémique de protection de la primauté du droit international ».

⁹⁶⁸ Niilo JÄÄSKINEN relève ainsi que « *c'est précisément en raison du principe du monisme que le problème de l'invocabilité s'est posé, tout particulièrement au regard du principe de droit de l'Union en vertu duquel les accords internationaux sont hiérarchiquement supérieurs à tous les actes de droit dérivé* » : Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre *Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 33.

⁹⁶⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 13 et 255. Michel TROPER soutient la thèse de la synonymie de la validité et du caractère obligatoire : « [v]alidité et caractère obligatoire sont [...] bien une seule et même chose, parce qu'il ne s'agit, [...] que du mode spécifique d'existence des normes et que le mot obligatoire ne signifie pas, lorsqu'il est appliqué à une norme, moralement, politiquement ou absolument obligatoire mais seulement obligatoire relativement à un certain ordre juridique », (« La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.*, 1978, pp. 1523-1536 (1534)). Paul AMSELEK explique également que chez Kelsen, « *chaque norme juridique tire sa validité, et conséquemment son caractère obligatoire, de la conformité de son édicition aux conditions prescrites par une norme juridique supérieure, elle-même édictee conformément à une norme supérieure* », (« Une fausse idée claire, la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveaux du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983-1015 (995)). On notera que Paul Amselek n'adhère pas lui-même à cette association de la validité et de la force obligatoire de la règle de droit.

⁹⁷⁰ Jean CARBONNIER, *droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 133.

condition des règles conventionnelles ratifiées et publiées selon les formes définies par les constitutions françaises et de l'Union : elles présentent un caractère obligatoire dans leur ordre juridique d'appartenance⁹⁷¹. Le respect de leurs prescriptions conditionne par conséquent la validité ou l'applicabilité des normes de rang inférieur. De sorte qu'en vertu de la primauté attribuée aux accords internationaux par les droits constitutionnels français et de l'Union européenne⁹⁷², le respect des stipulations qui les composent subordonne la validité des normes législatives et infra-législatives qui relèvent de ces ordres juridiques.

344. Dans le contentieux de la légalité, le Conseil d'État et la Cour de justice ont largement associé l'invocabilité de la norme d'origine interne à son caractère obligatoire. Le droit d'origine internationale, bien que transformé⁹⁷³ en droit interne par effet des clauses de réception, reste cependant à l'écart de cette association. La condition de l'effet direct constitue en effet une digue difficile à surmonter pour le requérant soucieux d'obtenir l'application juridictionnelle du droit d'origine internationale⁹⁷⁴. Ce déséquilibre des effets attachés par le juge aux différentes sources du droit interne est problématique. Alors que « *s'engager internationalement est devenu une modalité particulière de création du droit de l'État qui le dispute à la loi et au règlement, le traité [et les autres actes juridiques internationaux] ne peuvent demeurer les sources de normes virtuelles* »⁹⁷⁵. Ainsi naît une incohérence dans le régime de l'invocabilité des normes internes qui affecte aussi bien le caractère obligatoire de la norme conventionnelle (chapitre 1), que la fonction du contentieux de la légalité (chapitre 2).

⁹⁷¹ Cette analyse conjonctive de la validité et de l'obligatorité n'est pas unanimement partagée par la doctrine, Riccardo GUASTINI considère par exemple qu'« *on ne doit pas confondre la validité avec le caractère obligatoire [...] d'une norme* », (« Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, op. cit., pp. 453-463 (455)).

⁹⁷² CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc. ; CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc. Pour une analyse exhaustive du rang hiérarchique du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, V. *infra*, ce Titre, Chapitre 1, Section préliminaire.

⁹⁷³ Pour une présentation de la transformation formelle du droit conventionnel induite par sa réception par une clause constitutionnelle définissant ses effets juridiques et ses conditions de validité dans l'ordre interne V. *supra*, Introduction, I, A.

⁹⁷⁴ Pour une analyse exhaustive des conditions d'examen de l'effet direct des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'État français, V. *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

⁹⁷⁵ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 286.

Chapitre 1 : La force obligatoire du droit conventionnel mise en cause par l'effet direct

345. Le caractère obligatoire de la règle de droit lui confère son aptitude à conditionner la régularité des normes de rang inférieur et la légalité des comportements de ses destinataires. La Cour de justice et le Conseil d'État français privent le droit conventionnel sans effet direct de son caractère obligatoire, en ne contrôlant pas la conformité des normes d'origine interne, sur lesquels il prime, à l'aune de ses prescriptions⁹⁷⁶. À l'inverse, elles donnent plein effet au caractère obligatoire du droit d'origine interne en lui associant son aptitude à constituer un référentiel du contrôle de légalité. Attentifs aux nombreux plaidoyers en faveur de l'association de la justiciabilité à la force obligatoire des règles d'origine interne⁹⁷⁷, la Cour de justice et le Conseil d'État s'appliquent à dissocier de l'effet direct leur aptitude à s'ériger en normes de référence dans le contrôle de légalité. Les juridictions de Paris et de Luxembourg ont respectivement reconnu aux personnes privées le droit de se prévaloir des normes constitutionnelles françaises⁹⁷⁸ et des directives de l'Union⁹⁷⁹ dépourvues d'effet direct. Pour

⁹⁷⁶ Cour de justice : CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc. ; CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc. ; Conseil d'État : CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc. ; CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie et International Air Transport Association*, préc.

⁹⁷⁷ Dès 1972, Jan A. WINTER écrivait : « *It is not to be excluded [...] that provisions of regulations which are not suited to take direct effect may nevertheless have limited effects in the relationships between the Member States and persons under their jurisdiction. It is conceivable that a national judge declares inapplicable a State measure taken in violation of a regulation without going so far as to secure for the private individual the exact legal position which he would have had if the State had taken correct positive measures for performance of this obligation* », (« Direct applicability and direct effect two distinct and different concepts in community law », préc., pp. 436-437). Traduction : « il ne faut pas négliger [...] que les dispositions des Règlements qui ne sont pas revêtues de l'effet direct peuvent néanmoins déployer certains effets dans les relations qu'entretiennent les États membres et les personnes relevant de leurs ordres juridiques. Il est concevable qu'une juridiction nationale juge inapplicable une mesure étatique adoptée en violation d'un règlement sans aller jusqu'à attribuer à l'individu la situation juridique exacte qui aurait été la sienne si l'État avait adopté les mesures positives adéquates pour exécuter cette obligation ». V. également, Philippe LEGER, 11 janvier 2000, conclusions sur CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, C-287/98, *Rec. p. I-6917* ; Antonio SAGGIO, 16 décembre 1999, conclusions sur CJCE, *Océano Grupo Editorial contre Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA contre Sánchez Alcon Pradez*, C-240 à 244/98, *Rec. p. I-4941* ; Yann AGUILA, « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc.

⁹⁷⁸ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc.

⁹⁷⁹ Cour de justice de l'Union européenne : CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, préc. ; le Conseil d'État français avait été antérieurement amené à attribuer l'invocabilité d'exclusion aux directives communautaires : CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc.

opérer cette scission, elles se sont référées au rang hiérarchique de ces normes constitutionnelles et unionnaires qui fonde leur aptitude à constituer des critères de la légalité des règles internes de rang inférieur. Ce faisant, la Cour de justice et le Conseil d'État ont renoncé à l'association invocabilité/ effet direct, antérieurement établie par les jurisprudences *Tallagrand*⁹⁸⁰ et *Ratti*⁹⁸¹. Il existe donc un différentiel de traitement entre les requêtes alléguant la violation d'une norme conventionnelle, dont l'examen est soumis au constat de son effet direct, et les requêtes alléguant la violation d'une norme d'origine interne, dont l'examen ne nécessite pas l'établissement préalable de son effet direct.

346. Les critères d'invocabilité exclusivement opposés au droit d'origine internationale créent une rupture dans les conséquences que le juge tire de la prévalence et du caractère obligatoire des normes juridiques qui composent les ordres juridiques français et de l'Union. Evelyne Lagrange remarque dans son cours à l'académie de droit international de la Haye que le filtre de l'effet direct « *introduit [...] dans le mécanisme du recours en annulation des actes administratifs une forme de dualisme selon l'origine de la norme : aux normes d'origine interne, l'invocabilité sans nécessité de démontrer la lésion d'un droit subjectif ; aux normes d'origine internationale, l'invocabilité subordonnée à la nécessité de démontrer l'existence d'un droit subjectif international, voire du caractère précis et inconditionnel de ces normes — si tant est que ces critères ne se recoupent pas* »⁹⁸². L'abandon de ces critères dans l'examen de l'invocabilité du droit d'origine interne a amplifié « *la cassure nette au sein du principe de légalité* »⁹⁸³. En l'état actuel de la jurisprudence, nombre de conventions internationales n'ayant pas pour objet de modifier par elles-mêmes les situations juridiques des personnes privées se voient, hors l'impératif d'interprétation conforme, privées d'effet juridique dans les

⁹⁸⁰ Le droit de se prévaloir des normes constitutionnelles sans effet direct était exclu sous l'empire de la jurisprudence *Tallagrand* : CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, préc.

⁹⁸¹ CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public contre Ratti*, préc.

⁹⁸² Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 464. André NOLLKAEMPER relève dans le même sens que « *the mere fact that international law has been made part of national law is not sufficient for it to be applied on the same footing as domestic law. Something more is needed – this “something more” being the conditions of direct effect* », (*National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., p. 133). Traduction : « Le simple fait que le droit international fasse partie intégrante de l'ordre juridique national n'est pas suffisant pour qu'il soit appliqué de la même manière que le droit interne. Quelque chose de plus reste encore nécessaire - ce “quelque chose de plus” étant la satisfaction des critères de l'effet direct ».

⁹⁸³ Jean MATRINGE, « Note sur Conseil d'État, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)* », préc., p. 942 ; V. aussi, Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet des engagements internationaux », préc. L'assise théorique de cette distinction est plus que fuyante si l'on admet avec Evelyne Lagrange que « [*l]e bloc de légalité se trouve alors divisé quoique les normes d'origine internationale intéressant les personnes privées soient fonctionnellement analogues à la loi* », (Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 464).

ordres juridiques français et de l'Union⁹⁸⁴. Une brèche se trouve alors creusée dans la cohérence du traitement juridictionnel des actes juridiques internes⁹⁸⁵. Ainsi, le respect de la norme d'origine internationale se trouve, au contraire de la norme d'origine interne, largement soustrait au contrôle du juge⁹⁸⁶.

347. La mise en parallèle des conditions d'invocabilité des droits d'origine interne et internationale met bien en évidence les apories du maintien du filtre de l'effet direct dans le contentieux de la légalité. Dans les ordres juridiques français et de l'Union, le droit conventionnel prime les actes législatifs et infra-législatif (section préliminaire). Or, le critère de la complétude entrave l'établissement du lien entre le caractère obligatoire et l'aptitude de la norme conventionnelle à constituer un critère de la légalité des règles internes de rang inférieur (section 1). En outre, apprécier sa vocation à prendre les individus pour destinataires revient à laisser perdurer la confusion entre personne privée et tiers à l'acte conventionnel international (section 2). De sorte que les incidences de la primauté des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct sont réduites dans les ordres juridiques français et de l'Union, puisque leur violation par les autorités publiques reste en principe détachée de toute perspective d'une sanction juridictionnelle⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ Enzo CANNIZZARO observe en ce sens que « Da un punto di vista pratico, infatti, non sembra ragionevole subordinare la produzione di effetti di norme internazionali negli ordinamenti interni alla circostanza che tali norme creino posizioni soggettive individuali già nell'ordinamento internazionale. Dato che tale circostanza è, allo stato, del tutto eccezionale, ciò significherebbe negare la possibilità che, nella massima parte delle ipotesi, le norme internazionali producano effetti negli ordinamenti interni », (« Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko* », préc., p. 651). Traduction : « En pratique, de fait, il ne semble pas raisonnable de subordonner la production d'effets des normes internationales dans les ordres internes à la circonstance que lesdites normes créent une position subjective individuelle dans l'ordre juridique international. Etant entendu que telle hypothèse est somme toute exceptionnelle, cela revient à dénier la possibilité que, dans la majorité des hypothèses, les normes internationales produisent des effets juridiques dans les ordres internes ».

⁹⁸⁵ Edouard DUBOUT, « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 17-52 (44).

⁹⁸⁶ Cette situation est préjudiciable au droit conventionnel dans la mesure où, comme l'a écrit le Joël Rideau, ce contrôle s'affirme « comme une condition de l'effectivité des règles juridiques et comme le fer de lance du droit au droit », (Joël RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », in Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 3-7 (3)). Est alors mise en cause l'effectivité du droit conventionnel qui, en raison du défaut de systématisation de la sanction juridictionnelle des insubordinations normatives, souffre de l'inadéquation des normes de rang inférieur aux prescriptions qu'il définit.

⁹⁸⁷ Ces incidences réduites de la primauté des normes conventionnelles dépourvues d'effet direct sont étudiées dans le cadre de l'analyse de la théorie objective de l'invocabilité développée par la Cour de justice et le Conseil d'État, V. *infra*, partie 2, Titre 1.

Section préliminaire : la primauté du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne

348. L'identification du rang hiérarchique des normes conventionnelles permet de préciser les modalités d'articulation du droit international et du droit interne dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. Dès lors que sont en cause « *les effets juridiques que produisent les normes internationales dans l'ordre juridique [interne]* », Ronny Abraham a remarqué que « *la question est résolue par des règles et par des principes de droit [interne], et spécialement de règles et principes à valeur constitutionnelle* »⁹⁸⁸. Ce sont plus précisément des règles secondaires de hiérarchie inscrites dans les Constitutions française et de l'Union qui consacrent la primauté du droit conventionnel dans les ordres juridiques dont elles sont les normes suprêmes⁹⁸⁹. Les articles 55 de la Constitution de 1958 (§ 1) et 216, paragraphe 2 du TFUE (§ 2) définissent ainsi une hiérarchie des normes, dans la mesure où ils s'opposent à ce que les règles d'origine interne de rangs législatif et infra-législatif contrarient les règles conventionnelles⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Ronny ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, préc., p. 258.

⁹⁸⁹ Comme indiqué par Norberto BOBBIO, dans la classification de Hart, « *les règles de hiérarchie sont des normes secondaires : dans le droit sont des normes secondaires, les normes qui [...] établissent un ordre hiérarchique entre les différentes sources du droit de manière à permettre l'identification de la norme valide en cas de contradiction entre les normes d'un même système* », (« La norme », *Essais de Théorie du droit*, Louvain, LGDJ, 1998, pp. 107-139 (132)). La critique de Norberto BOBBIO à l'endroit des thèses de Santi ROMANO illustre bien ce caractère normatif des règles de hiérarchie, en qualité de règle secondaire. Il écrit ainsi que selon Santi Romano, « *l'on ne pouvait pas définir un ordre juridique en partant des normes (de conduite) parce qu'il comprenait "les nombreux mécanismes ou engrenages, les liens d'autorité et de force qui produisent, modifient, font appliquer et garantissent les normes juridiques, mais ne s'identifient pas avec elles". Ce dont il ne s'était pas rendu compte c'était que "ces nombreux mécanismes ou engrenages" étaient constitués eux aussi par des normes, et justement des normes du second degré* », (« Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *Essais de Théorie du droit*, op. cit., pp. 172-173) ; pour les extraits cités de l'œuvre de Santi ROMANO, V. *L'ordinamento giuridico*, Florence, Sansoni, 2^{ème} éd., 1945, p. 7.

⁹⁹⁰ Olivier CAYLA considère que l'intention de l'auteur de l'acte de violer l'obligation conventionnelle est décisive pour déterminer si la juridiction rend un jugement d'inconventionnalité fondé sur sa contrariété aux règles conventionnelles primaires ou un jugement d'inconstitutionnalité fondé sur sa contrariété aux règles constitutionnelles secondaires. L'auteur écrit ainsi qu'une loi « *qui non seulement contrarie frontalement le traité, non pas seulement du point de vue, supposé être objectif, de l'interprétation du juge, mais bel et bien du point de vue subjectif des auteurs mêmes de la loi, et qui en outre s'en prend à un traité dont l'application par les autres États-parties n'est mise en doute par personne au moment de l'adoption de la loi, est une loi qui semble violer la Constitution encore davantage que le traité, parce que c'est principe même de supériorité de la loi sur le traité qu'elle affronte délibérément* », (« La Constitution, le traité et la loi: contributions au débat sur la hiérarchie des normes », *C.C.C.*, 1999, pp. 77-86 (85)). Il est à noter que la substance des normes secondaires portée par les clauses française et unionaire de réception du droit international ne se recouvrent pas parfaitement. En effet, l'article 55 de la Constitution définit tant les conditions de validité de la règle conventionnelle, que celle des règles infra-conventionnelles supposées s'y conformer. L'article 216, alinéa 2 TFUE ne s'intéresse qu'à

§ 1. L'article 55 de la Constitution française : règle secondaire de hiérarchie

349. L'article 55 crée une règle de hiérarchie sur le fondement des conséquences juridictionnelles de l'antinomie. Il entre dans la catégorie des « règles secondaires qui s'adressent aux autorités chargées des mesures nécessaires en cas de violation d'une règle primaire ». Cette disposition constitutionnelle crée une hiérarchie car « entre deux règles on retient comme supérieure celle au nom de laquelle, en cas où elle serait violée par une autre règle, on peut donner une action, afin de déclarer la règle contraire illégitime [i.e. invalide] »⁹⁹¹. En cela, la qualification de l'article 55 comme « règle de conflit de normes » par le Conseil d'État dans l'arrêt *Deprez et Baillard*⁹⁹² ne lui retire pas sa qualité de règle de hiérarchie. Comme le relève Baptiste Bonnet, la plus haute juridiction administrative « aborde, en effet, la hiérarchie entre norme interne et norme externe [...] sous l'angle de la solution d'un conflit qu'il convient de résoudre »⁹⁹³. Or, Jean-Victor Louis a justement observé qu'« écarter, en droit interne, une règle en faveur d'une autre suppose de lui reconnaître un rang supérieur »⁹⁹⁴.

350. La consécration de la compétence du Conseil d'État pour sanctionner les violations législatives du droit conventionnel s'est longtemps heurtée au légicentrisme dont fut longtemps empreinte la jurisprudence administrative (A). Le titre juridique finalement choisi par le Conseil d'État pour s'investir du pouvoir de contrôler la conventionnalité des lois est fort logiquement situé dans la Constitution (B). Cette évolution jurisprudentielle a donc

la seconde catégorie de normes, prescrivant aux autorités normatives de l'Union et des États membres de respecter le droit conventionnel, sans définir les conditions de validité de ce dernier.

⁹⁹¹ Norberto BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de Théorie du droit*, op. cit., pp. 89-103 (93).

⁹⁹² CE, ass., 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et Baillard*, n°257341, 257534, *Leb.* p. 1.

⁹⁹³ Baptiste BONNET, « Le Conseil d'État, la Constitution et le droit national », *R.F.D.A.*, 2005, p. 64. Nous nous écartons en revanche de la conclusion qu'il retire de cette observation, selon laquelle il ne serait en conséquence plus « question de primauté d'une norme sur une autre ou de principe hiérarchique mais de détermination du texte applicable en vertu du titre de compétence du juge », (*ibid.*, p. 64). Selon Baptiste Bonnet, l'analyse en termes de priorité d'application exclut donc une approche hiérarchisée des rapports entre normes conventionnelles et internes dans la jurisprudence du Conseil d'État. Nous essaierons de justifier dans quelle mesure la priorité d'application induit pourtant une telle hiérarchie.

⁹⁹⁴ Jean-Victor LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461 (457) ; V. également, Julio BAQUERO CRUZ, « The legacy of Maastricht-Utreil and the pluralist movement », *ELJ*, 2008, pp. 389-422 (415-416). On s'écarte ici des conclusions de Louis FAVOREU qui, observant l'absence de lien de validité entre droit conventionnel et droit interne indiquait que le premier se situe « hors hiérarchie », dans l'ordre interne, (« Le Conseil constitutionnel et la norme internationale », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 95-125 (115)).

permis d'étendre aux actes législatifs le champ des actes juridiques internes à l'encontre desquels les accords internationaux pouvaient être invoqués.

A. Genèse de la prévalence des accords internationaux sur la loi

351. Les réticences de la haute juridiction administrative à consacrer sa compétence de juge de la conventionnalité des lois ont longtemps été la conséquence d'une hiérarchisation de deux prescriptions constitutionnelles effectuée par le juge administratif français : les articles 55 de la Constitution de 1958 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

352. Le premier impératif réside en la prescription énoncée à l'article 55 de la Constitution aux termes duquel « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Définitoire d'une hiérarchie normative, cette disposition paraît s'adresser au juge, chargé d'en assurer le bon respect, comme au législateur. Cependant, comme le souligne le Commissaire du gouvernement Patrick Frydman, ce dernier « *n'a aucun intérêt à [...] contribuer* » à la garantie de la suprématie des traités sur les lois⁹⁹⁵. C'est donc bien du traitement juridictionnel de cette disposition que dépendra son effectivité⁹⁹⁶.

353. La seconde prescription constitutionnelle est l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et des Citoyens qui énonce : « *[t]oute Société dans laquelle [...] la séparation des Pouvoirs [n'est pas] déterminée, n'a point de Constitution* ». La notion de séparation des pouvoirs telle que consacrée dans la DDHC est traditionnellement analysée comme « *entièrement dominée par la souveraineté de la loi* »⁹⁹⁷. Cette sacralisation de la source

⁹⁹⁵ Patrick FRYDMAN, conclusions sur CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

⁹⁹⁶ L'identification du juge ordinaire comme étant le destinataire de l'article 55 était une condition nécessaire à son habilitation pour statuer sur la conventionnalité de la loi.

⁹⁹⁷ Roger LATOURNERIE, conclusions sur CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Leb.* p. 966 ; lorsque l'assemblée du Conseil d'État examina le projet de Constitution de la Vème République, le commissaire du gouvernement Latournerie, devenu président de la chambre sociale de la haute juridiction administrative confirma sa position en affirmant qu'« *à une époque déjà lointaine, j'ai eu l'occasion de conclure sur un problème tout à fait voisin, celui du contrôle de la constitutionnalité des lois. La question était fortement agitée en doctrine et des avis très hautement autorisés militaient en faveur de ce contrôle. On disait que l'illégalité ne marque pas une irrévérence envers l'autorité législative, puisqu'elle procède du respect d'une autorité supérieure. Ces arguments ne m'avaient pas personnellement déterminé. Ils n'ont pas, non plus, déterminé le Conseil d'État qui s'est refusé à cette époque lointaine - et il a renouvelé sa décision en 1944 - à admettre le contrôle de la constitutionnalité des*

législative trouve son écho en l'article 10 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790 aux termes duquel « *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* ». Ces deux prescriptions sont les traductions normatives de l'héritage légicentriste français dont l'impact sur les prises de position du Conseil d'État a toujours été considérable⁹⁹⁸.

354. Au regard de la jurisprudence *Arrighi*, il ne faisait guère de doute que la consécration de la compétence juridictionnelle d'examen de la conventionnalité des lois n'irait pas sans difficulté⁹⁹⁹. Pour les membres du Conseil d'État, la loi a longtemps été considérée comme l'« *horizon indépassable des champs contentieux* »¹⁰⁰⁰. À ce titre, le retour sur la jurisprudence des *Semoules*¹⁰⁰¹ exigeait un abandon du primat accordé par le Conseil d'État à l'interprétation légicentriste de l'articulation des articles 16 DDHC et 55 de la Constitution de 1958¹⁰⁰². En outre, la séparation des compétences contentieuses du Conseil d'État et du

lois... », in Didier MAUS, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, Paris, La documentation française, 1991, T. III, p. 132.

⁹⁹⁸ Déjà, dans l'arrêt *Arrighi* (CE, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, n°41222, *Leb.* p. 966), le déclinatoire de compétence du Conseil d'État pour statuer sur la constitutionnalité des lois fut l'expression de sa volonté première de garantir le bon respect de la séparation des pouvoirs, fût-ce au détriment des exigences de l'État de droit. Selon les mots du commissaire du gouvernement Roger LATOURNERIE, « *Il faut se résigner [...] tout au moins provisoirement, même aux dépens de l'harmonie des plus belles constructions juridiques, même aux dépens parfois de l'apparente équité, à ce que certaines parties du droit restent à l'état de droit imparfait, à l'état de droit sans sanction* », (conclusions sur CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, préc.). Le commentaire de Charles EISENMANN était à ce propos éclairant, celui-ci concédant qu'il approuvait « *au fond, du point de vue politique ou de l'opportunité, la décision à laquelle [il ne pouvait] reconnaître en droit une pleine nécessité* », (« Note sous CE 6 novembre 1936, *Arrighi* et *Dame veuve Coudert*, *D.*, 1938.3, p. 1). Autrement dit, les réticences du Palais Royal à s'estimer compétent pour juger de la validité de la loi, ont induit l'adoption de la solution proposée par Latournerie, (V. Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi eu regard de la Constitution », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 715-725 (719)). Il convient de noter qu'*a contrario*, le Conseil d'État a exercé avec constance le contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de son activité consultative, (Guy BRAIBANT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, *Economica*, 2001, pp. 185-192 (185)).

⁹⁹⁹ La substance des règles susceptibles d'être invoquées en qualité de norme de référence pour contrôler la régularité de la loi est équivalente dans les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois. De sorte que le premier est un ersatz du second, V. Denys DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 225-244 (227).

¹⁰⁰⁰ Jacques-Henri STAHL, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 993-1004 (998).

¹⁰⁰¹ CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des producteurs de semoules de France*, *Leb.* p.149.

¹⁰⁰² Cette prédominance à la sauvegarde de la volonté souveraine du législateur sur le bon respect de la hiérarchie des normes est parfaitement illustrée par la position du commissaire du gouvernement Questiaux qui, dans ses conclusions sur l'arrêt des *Semoules*, affirme que « *si le législateur a manifesté une volonté précise, aucune disposition de la Constitution, et l'article 55 en particulier, ne dispense de respecter cette volonté* », (Nicole QUESTIAUX, conclusions sur *Syndicat général des producteurs de semoules de France*, *A.J.D.A.*, 1968, p. 235).

Conseil constitutionnel plaide sous la 5^{ème} république pour que l'examen de la validité de la loi soit l'apanage du Conseil constitutionnel.

355. La reconstruction ultérieure du raisonnement du Conseil d'État français relatif aux rapports entre ces deux dispositions est la conséquence directe de la célèbre décision *Interruption volontaire de grossesse* du Conseil constitutionnel. La juridiction constitutionnelle a décidé à son occasion qu'il ne lui appartenait pas, « lorsqu'il est 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 »¹⁰⁰³. La jurisprudence *IVG* fut explicitée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 septembre 1986 à la faveur de laquelle il indiquait « qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives »¹⁰⁰⁴. Récusant sa compétence pour contrôler de la conventionnalité de la loi à l'occasion de ces deux décisions, le Conseil constitutionnel a contraint le Conseil d'État à réviser l'articulation des articles 16 DDHC et 55 de la Constitution qui fondait sa jurisprudence des *Semoules*. Alors que la Cour de cassation mit seulement quatre mois pour s'engouffrer dans la brèche ouverte par le Conseil constitutionnel¹⁰⁰⁵, la plus haute juridiction administrative attendit 14 ans pour tirer les conséquences de la décision *IVG*¹⁰⁰⁶. Ne pouvant alors plus espérer un retour sur la jurisprudence bien établie du Conseil constitutionnel, elle dut ainsi renoncer aux logiques de séparation des pouvoirs et de répartition des compétences contentieuses qui guidaient sa jurisprudence antérieure, pour donner plein effet aux exigences de l'État de droit.

356. Pour ce faire le Conseil d'État a dû faire primer la logique juridique tenant au respect des prescriptions constitutionnelles relatives à la hiérarchie des normes sur celle relative à la répartition des compétences contentieuses à raison de la norme contrôlée entre les juridictions ordinaires et le Conseil constitutionnel. La nécessité de l'abandon d'une politique jurisprudentielle aux fondements devenus trop friables fut soulignée par Patrick Frydman qui affirmait dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo* : « [o]n a vu que les juridictions judiciaires

¹⁰⁰³ Cons. const., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n°75-54, *Rec CC*, p. 19.

¹⁰⁰⁴ Cons. const., 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n°86-216, *Rec. CC*, p. 135.

¹⁰⁰⁵ Cass, ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre, D.*, 1975, p. 497.

¹⁰⁰⁶ Le conseiller d'État Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE souligne à ce propos que ce décalage échoit aux héritages distincts de ces deux juridictions en affirmant que « [a]utant la Cour de cassation, en se faisant juge de la loi, a-t-elle retrouvé, deux siècles plus tard, les accents du Parlement de Paris, autant le Conseil d'État a-t-il dû renier tous ses gènes et presque sa raison d'être », (« Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », (*Juge l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 315-329 (322)).

savent précisément s'affranchir aujourd'hui, sans le moindre complexe, du respect dû à l'autorité de la norme législative, pour faire prévaloir celle des traités. Et il y a évidemment quelque paradoxe à voir le Conseil d'État refuser d'entrer dans une telle logique par humilité face au législateur, alors que de simples tribunaux d'instance contrôlent chaque jour, par ce biais, la validité des lois qu'ils ont à appliquer »¹⁰⁰⁷. En adoptant la solution proposée par le Commissaire du gouvernement, le Conseil d'État s'est enfin érigé en garant du bon respect de l'article 55 de la Constitution, au prix cependant de ce que Latournerie aurait considéré comme une désacralisation de la Loi et d'une atteinte à la logique qui préside à la répartition des compétences contentieuses.

B. Le fondement constitutionnel de la primauté des accords internationaux sur la loi française

357. La genèse de la jurisprudence *Nicolo* témoigne de la nature constitutionnelle, c'est-à-dire exclusive de toute considération relative au droit international¹⁰⁰⁸, de la problématique de l'affirmation du rang hiérarchique interne des accords internationaux. L'apparent nationalisme de cette jurisprudence put à ce titre être critiqué par certains membres de la doctrine pour qui la primauté des traités sur la loi pouvait se déduire de la nature même des relations entre ordres juridiques interne et international dans un système dit moniste¹⁰⁰⁹. Cette affirmation découle de l'ambivalence introduite par la notion de monisme qui nous a incité à écarter son usage¹⁰¹⁰. En effet, si la clause de réception générale du droit international implique une introduction automatique des prescriptions conventionnelles dans l'ordre juridique interne, elle n'exige pas pour autant que la primauté du droit d'origine internationale trouve son fondement dans l'ordre international. Or, comme on va le voir, le Conseil d'État place la source de son habilitation juridique à statuer sur la conventionnalité de la loi dans l'article 55 de la Constitution. La très haute juridiction administrative étant un organe de l'État français, la logique exigeait, ainsi que le remarque Denys de Béchillon, qu'il « aille

¹⁰⁰⁷ Patrick FRYDMAN, concl. sur CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

¹⁰⁰⁸ Baptiste BONNET affirme ainsi à ce propos que « le juge administratif [...] ne se fonde pas sur une hiérarchie entre ordres juridiques », (« Le Conseil d'État, la Constitution et le droit national », préc., p. 64).

¹⁰⁰⁹ Jean BOULOUIS, « À propos de l'arrêt *Nicolo* », préc., p. 96 ; V. également, Jacques DEHAUSSY, « La supériorité des normes internationales sur les normes internes : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 1989, *Nicolo* », *J.D.I. (Clunet)*, 1990, pp. 5-33 (6).

¹⁰¹⁰ Pour une présentation exhaustive des fondements de ce choix, V. *supra*, Introduction, I, A, 2).

cherche dans le texte constitutionnel la règle de hiérarchisation des normes que ce même droit constitutionnel lui commande de sanctionner »¹⁰¹¹. En pratique, la nature interne de la norme consacrant la primauté des accords internationaux n'est guère dommageable à ces derniers, abstraction faite du rang infra-constitutionnel que la nature constitutionnelle des règles de hiérarchie contraint de conférer à ces accords¹⁰¹².

358. Au-delà d'une simple disposition définissant le rang hiérarchique de la source conventionnelle, le Commissaire du gouvernement Frydman y a vu un titre de compétence estimant que « l'article 55 comporte nécessairement, par lui-même, une habilitation donnée implicitement aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités »¹⁰¹³. Cette nouvelle approche de l'article 55 est symptomatique de la révolution logique initiée par la jurisprudence *Nicolo*. Soucieux du bon respect de la séparation des compétences contentieuses, le président Genevois affirmait ainsi dix ans plus tôt, dans son commentaire sous l'arrêt *Union démocratique du travail et Election des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, que « [c]'est parce que l'article 55 a été méconnu par le législateur que le juge administratif ne peut qu'en prendre acte. Il n'est ni co-auteur ni complice de la violation de l'article 55, il en est victime »¹⁰¹⁴. Ce faisant, il plaçait le Conseil d'État dans une situation de spectateur du respect ou de la violation de l'article 55 et refusait de reconnaître cette disposition comme titre juridique habilitant le juge ordinaire à sanctionner la méconnaissance des normes conventionnelles. Bien que non mentionnée dans le considérant de principe de l'arrêt *Nicolo*, la présence de l'article 55 dans les visas indique que le Conseil d'État a procédé à une relecture de sa portée pour l'ériger en titre d'habilitation implicite du juge administratif à l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois. La désignation de l'article 55 comme titre d'habilitation en vertu duquel le juge administratif statue sur la conformité du droit interne à l'aune des accords internationaux est rendue plus

¹⁰¹¹ Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, economica, 1996, p. 491 ; V. également, Louis DUBOIS, « L'arrêt *Nicolo* et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français », préc.

¹⁰¹² CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher e.a.*, *Leb.* p. 368. L'article 55 ne définit pas les rapports hiérarchiques entre normes conventionnelles et constitutionnelles. Aussi, le Conseil d'État a jugé que la primauté que le droit conventionnel possède à l'égard de la loi ne se reporte pas à ses rapports avec la Constitution. En toute hypothèse, il convient de relever que dans l'ordre juridique français, aucune norme ne peut consacrer la prévalence du droit conventionnel sur la Constitution et « certainement pas la Constitution elle-même, une norme juridique ne pouvant, sans contradiction logique, attribuer à une autre une autorté supérieure à la première », (Ronny ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, préc., p. 276).

¹⁰¹³ Patrick FRYDMAN, conclusions sur CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

¹⁰¹⁴ Bruno GENEVOIS, « Note sur CE, ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail* », *A.J.D.A.*, 1980, pp. 39-46 (44).

explicite dans l'arrêt *Deprez et Baillard* aux termes duquel, « pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article »¹⁰¹⁵. La portée de l'article 55 trouve sa limite dans le refus du juge administratif des référés à intégrer dans son office le contrôle de conventionnalité des lois, lorsque cette question ne concerne pas la conformité du droit national au droit de l'Union européenne¹⁰¹⁶. Evelyne Lagrange a plaidé en faveur d'un revirement de jurisprudence en la matière, en soulignant que la compétence du juge des référés « profiterait aux deux parties : aux personnes privées, elle permettrait la prompte réalisation de la norme dont elles se prévalent ; à l'État, elle éviterait que ne survienne une violation de ses obligations conventionnelles dont la constatation et la compensation peuvent être coûteuses »¹⁰¹⁷.

359. L'arrêt *Deprez et Baillard* témoigne de l'attachement à l'article 55 de la fonction communautaire du Conseil d'État¹⁰¹⁸. Le caractère tardif de la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de l'article 88-1 comme base juridique de sa compétence pour contrôler la conformité des lois aux directives de l'Union a participé à cet enracinement dans l'article 55 de la compétence communautaire des juridictions françaises. En effet, c'est à l'occasion de la décision *Economie numérique* que le Conseil constitutionnel déduit de l'article 88-1 que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »¹⁰¹⁹. Cette décision offrait au Conseil d'État un environnement juridique

¹⁰¹⁵ CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et Baillard*, n^{os}257341, 257534, *Leb.* p. 1.

¹⁰¹⁶ Concernant l'incompétence du juge des référés pour connaître de la conventionnalité des lois : CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du Territoire et de l'Environnement*, n^o240430, *Leb.* p. 510 ; CE, 9 décembre 2005, *Allouache*, n^o 287777, *Leb.* p. 562 ; concernant la compétence du juge des référés pour connaître de la conformité des lois au droit de l'Union européenne : CE, réf., 16 juin 2010, *Madame Diakite*, n^o340250, *Leb.* p. 206. En accordant ce statut contentieux spécifique au droit de l'Union, le Conseil d'État met sa jurisprudence en conformité avec les exigences de la jurisprudence *Unibet* : « le principe de protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il requiert, dans l'ordre juridique d'un État membre, que des mesures provisoires puissent être octroyées jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur la conformité de dispositions nationales avec le droit communautaire, lorsque l'octroi de telles mesures est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir quant à l'existence de tels droits » : CJCE, Gde chbre, 13 mars 2007, *Unibet contre Justitiekanslern*, C-432/05, *Rec.* p. I-2271, pt. 77. V. Aude ZARADNY, « Le contrôle de conventionnalité du juge administratif des référés », *J.C.P. A*, 5 décembre 2011, pp. 12-17.

¹⁰¹⁷ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 467.

¹⁰¹⁸ Baptiste BONNET indiquait que l'arrêt *Deprez et Baillard* témoignait d'« une réticence à envisager l'article 88-1 de la Constitution comme un nouveau titre de compétence pour gérer les conflits normatifs », (« Le Conseil d'État, la Constitution et le droit national », préc., p. 60).

¹⁰¹⁹ Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n^o2004-496, *Rec. CC*, p. 101, pt. 7.

favorable au détachement de l'article 55 de sa compétence d'examen de la conformité des actes administratifs aux directives européennes. Il a fallu attendre l'arrêt *Madame Diakité* du 16 juin 2010 pour que l'article 55 soit retiré des visas des arrêts examinant la validité du droit interne au regard des directives de l'Union¹⁰²⁰. La fonction communautaire du Conseil d'État n'est toutefois pas pleinement autonomisée de l'article 55, dans la mesure où cette disposition reste le titre de compétence des juridictions françaises pour appliquer les Traités institutifs de l'Union¹⁰²¹.

360. Au titre de l'article 55 de la Constitution, les particuliers peuvent donc se prévaloir de stipulations conventionnelles à l'encontre des normes françaises législatives et infra-législatives. La situation est équivalente devant la Cour de justice de l'Union européenne qui a établi une hiérarchie des normes en tout point similaire.

§ 2. L'article 216, paragraphe 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : règle secondaire de hiérarchie

361. L'article 216, paragraphe 2 du TFUE crée une hiérarchie sur le fondement des obligations pesant sur les autorités de l'Union et de ses États membres. Il entre dans la catégorie des « *règles secondaires concernant ceux qui ont le pouvoir de produire des règles normatives* ». Ce type de règles crée une hiérarchie car « *entre deux sources de droit, on considère inférieure celle aux titulaires de laquelle il est défendu de promulguer des règles contraires à celles promulguées par l'autre* »¹⁰²². Aux termes de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, les institutions de l'Union et de ses États membres, sont dites liées par les accords conclus par l'Union. Le pouvoir des institutions d'édicter du droit dérivé, ainsi que celui des

¹⁰²⁰ CE, réf., 16 juin 2010, *Madame Diakite*, n°340250, *Leb.* p 206 ; le lien exclusif entre compétence communautaire des juridictions administratives et article 88-1 sera consacré dans les motifs de l'arrêt *Kadarou Thiero* au terme duquel : « *La transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation Constitutionnelle. [...] il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques* » : CE, avis, 21 mars 2011, *M. Jin et M. Thiero*, préc.

¹⁰²¹ Marie GAUTIER, « Les normes communautaires », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, *op. cit.*, p. 465.

¹⁰²² Norberto BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de Théorie du droit, op. cit.*, p. 93.

autorités exécutives et législatives des États membres, sont donc encadrés par une règle de hiérarchie interdisant toute violation de ce droit conventionnel.

362. La place hiérarchique du droit conventionnel dans l'ordre juridique de l'Union est ainsi semblable à celle que lui réserve la France. Jean-Claude Gautron relève en ce sens que le droit primaire de l'Union « reproduit la règle générale de la supériorité des traités internationaux sur les lois internes que consacrent les constitutions des pays continentaux en Europe »¹⁰²³. La primauté du droit conventionnel sur le droit dérivé vaut autant pour les accords purement unionnaires que pour les accords mixtes conclus par l'Union. Bien qu'une jurisprudence constante fonde aujourd'hui sur l'article 216, paragraphe 2 du TFUE la primauté du droit conventionnel sur le droit dérivé¹⁰²⁴, cette primauté ne s'est pas imposée avec évidence dès les premiers litiges où fut soulevée l'inconventionnalité de normes de droit interne. Ainsi, dans la célèbre affaire *International Fruit Company*¹⁰²⁵, l'avocat général Mayras se référait en effet à une obligation de calquer les modalités d'interaction entre droit international et droit communautaire sur celles entretenues par le droit communautaire avec le droit national des États membres. Il indiquait alors à la Cour dans ses conclusions que « de même que vous avez constamment fait prévaloir la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des États membres, vous ne pourriez que reconnaître la supériorité des engagements internationaux de la Communauté sur les actes de ses organes »¹⁰²⁶. Il proposait ainsi d'appliquer le principe de primauté absolu régissant alors les conflits entre normes nationales et communautaires définis dans la jurisprudence *Costa*¹⁰²⁷ aux conflits entre normes internationales et communautaires.

363. Plutôt que de viser l'homogénéisation des effets du droit international et communautaire, la juridiction de l'Union a préféré consacrer une primauté relative du droit

¹⁰²³ Jean-Claude GAUTRON, « Un ordre autonome et hiérarchisé », in Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 25-64 (51).

¹⁰²⁴ CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, préc., pt. 37 ; CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 15 ; CJCE, 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, C-311/04, *Rec. p. I-609*, pt. 25 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 42 ; CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec. p. I-6351*, pt. 307, com. Jean-Paul JACQUE, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *R.T.D. eur.*, 2009, pp. 161-179.

¹⁰²⁵ CJCE, 12 décembre 1972, *International fruit company contre Produktschap Voor Groenten En Fruit*, préc.

¹⁰²⁶ Henri MAYRAS, 25 octobre 1972, conclusions sur CJCE, *International Fruit Company contre Produktschap Voor Groenten En Fruit*, 21-24/72, *Rec. p. I-1235*.

¹⁰²⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre Enel*, préc.

conventionnel¹⁰²⁸. Elle s'est appuyée à cette fin sur une disposition constitutionnelle : l'article 216, paragraphe 2 du TFUE. L'ordre juridique de l'Union se place donc bien dans un paradigme de hiérarchisation constitutionnelle des normes d'origines interne et internationale¹⁰²⁹. De cette manière, ainsi que le notait l'avocat général Poiras Maduro dans ses conclusions sur l'affaire *Kadi*, « *le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même, et le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté* »¹⁰³⁰.

364. La primauté du droit conventionnel sur les actes législatifs et infra-législatifs dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne entretient des relations complexes avec l'effet direct. Ce critère central de la théorie subjective de l'invocabilité actuellement ancrée dans les jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État conduit en effet à minimiser les effets attachés la primauté des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct, dont la violation ne peut être l'objet d'une sanction juridictionnelle.

¹⁰²⁸ Il est à noter que, selon Koen LENAERTS, cette primauté suffit à « *garantir la cohérence de la jurisprudence de la Cour : celle-ci ayant constamment assuré la primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux, elle ne pouvait que reconnaître la primauté des engagements conventionnels de l'Union sur les actes des institutions de cette dernière* ». L'auteur ne s'attarde pas sur les différences de relation entretenues par ces deux formes de primauté avec les normes constitutionnelles étatiques et unionaires, (« *Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union* », préc., p. 509).

¹⁰²⁹ Le juge Allan ROSAS soutient en ce sens que « *the EU law has its own internal hierarchical structure, which points to constitutional law rather than public international law* », (« *The European Court of Justice and public international law* », in Jan WOOTERS, Andre NOLLKAEMPER, Erica DE WET (dir.), *The europeanisation of international law*, op. cit., pp. 71-85 (72)); V. également, Ingolf PERNICE, « *Multilevel Constitutionalism in the European Union* », *E.L. Rev.*, 2002, pp. 511-529.

¹⁰³⁰ Luis Miguel Poiras MADURO, 16 janvier 2008, conclusions sur CJCE, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, C-402 et 415/05, Rec. p. I-6351, pt. 24 ; l'avocat général avait auparavant précisé les bases constitutionnelles de la primauté du droit conventionnel international dans l'ordre juridique de l'Union, soutenant que l'article 216, alinéa 2 TFUE « *constitue à la fois un rappel de la force obligatoire de l'accord au regard du droit international et l'énoncé de la force contraignante de ces accords en droit [de l'Union]* » : Luis Miguel Poiras MADURO, 20 février 2008, conclusions sur CJCE, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 33.

Section 1. Le critère de la complétude inégalement opposé aux éléments de la légalité d'origines interne et internationale

365. Le Conseil d'État et la Cour de justice ont autonomisé l'invocabilité des normes d'origine interne de leur complétude dans le contentieux de la légalité. Ces juridictions ne se sont en revanche pas résolues à faire de même lorsque les requérants sollicitent l'application d'une norme internationale, créant une incohérence dans le régime de l'invocabilité des normes de leur ordre juridique d'appartenance¹⁰³¹. À défaut de garantir l'effectivité des principes sur lesquels ils sont fondés, les ordres juridiques qui – à l'instar de la Belgique – refusent l'invocabilité des normes constitutionnelles incomplètes¹⁰³², présentent au moins le mérite de la cohérence.

366. Seules les normes conventionnelles, qui produisent des effets juridiques sans l'intervention d'un acte « *complémentaire* »¹⁰³³ ou « *ultérieur* »¹⁰³⁴, sont susceptibles de s'élever au rang de norme de référence d'un contrôle de légalité. Au contraire, la violation des actes conventionnels incomplets est à l'abri de toute perspective de sanction juridictionnelle, alors même qu'une telle sanction semble s'imposer sur le fondement de leur primauté et de leur caractère obligatoire. Ces prescriptions, pour imprécises qu'elles soient, n'en font en effet pas moins peser des obligations que les autorités publiques sont tenues de respecter. Carlo Santulli remarque en ce sens que « *le concept de mesure "complémentaire" montre l'incompréhension de la logique conventionnelle des traités : ce que le Conseil nomme ainsi ne sont pourtant pas des compléments de l'acte (comme le seraient des décrets appelés par une loi) mais des comportements que les parties se sont engagées à suivre. En ce sens, dire*

¹⁰³¹ Edouard DUBOUT, « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, op. cit., p. 44 ; V. également, Giorgio GAJA, « Trends in judicial activism and judicial self-restraint relating to Community agreements », in Enzo CANNIZZARO (dir.), *The European Union as an Actor in International Relations*, op. cit., pp. 117-134 (128-129).

¹⁰³² Le Conseil d'État belge refuse l'invocabilité de l'article 23, paragraphe 4 de la Constitution belge qui protège : « *le droit à la protection d'un environnement sain* » : CE belge, 2008, *Thenuis and Hoof contre Région flamande*, n°181452, ILDC 1142, pt. 3.2.

¹⁰³³ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc. ; CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie et International Air Transport Association*, préc.

¹⁰³⁴ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc., pt.14 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, préc., pt. 38 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 44 ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 55.

que tel traité requiert une mesure complémentaire, c'est le plus souvent dire simplement qu'il requiert son respect »¹⁰³⁵. La densité normative tenue d'une stipulation conventionnelle ne lui retire pas son obligatorité, tout au plus sa « force invalidante » doit y être proportionnelle¹⁰³⁶. Cette force invalidante, qui correspond à la propension d'une norme à emporter l'invalidation d'un acte entrant dans son champ d'application, est en effet inversement proportionnelle à la marge d'appréciation qu'elle réserve aux autorités en charge de la mettre en application.

367. La dynamique d'abandon du critère de la complétude lors de l'examen de l'invocabilité du droit d'origine interne (§ 1) n'a finalement pas profité au droit d'origine internationale (§ 2).

§ 1. La complétude : facteur d'évaluation de la force invalidante du droit interne

368. La complétude ne constitue pas un critère de l'invocabilité du droit d'origine interne dans le contrôle de légalité opéré par la Cour de justice et le Conseil d'État français. Elle influe tout au plus sur la prédisposition de ces normes, constitutionnelles ou législatives, à fonder l'invalidation de normes de rang inférieur. Cette propension d'une norme à motiver un jugement d'invalidité s'avère proportionnelle à sa complétude, dans la mesure où la norme complète offre une marge d'appréciation restreinte aux autorités qui en sont les destinataires. Au contraire, la violation d'une norme souffrant d'une certaine indétermination par les autorités publiques est rare, dans la mesure où elles jouissent d'une grande marge d'appréciation pour définir ses conditions de mise en application. En outre, les juridictions de Paris et Luxembourg ne censurent la violation de ces normes imprécises qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation, ce qui réduit encore les hypothèses d'invalidation fondées sur la méconnaissance de ce type de normes.

369. L'aptitude d'une norme d'origine interne à constituer une norme de référence dans le contrôle de la légalité devant le Conseil d'État est désormais déduite de sa validité dans l'ordre juridique français qui lui confère sa force obligatoire. Elle est pour cette raison

¹⁰³⁵ Carlo SANTULLI, « Chronique de droit administratif et droit international (année 2012) », préc., p. 419.

¹⁰³⁶ Evelyne CARPENTIER, « Le juge administratif et la charte constitutionnelle de l'environnement », *R.D.P.*, 2009, pp. 450-480 (462).

indifférente à sa complétude (A). La jurisprudence de la Cour de justice est sur ce point proche de celle du Conseil d'État, sans pour autant lui être identique puisqu'elle soumet résiduellement l'invocabilité à la complétude lorsqu'est mise en cause la légalité interne des actes émis par les institutions de l'Union (B).

A. Le caractère obligatoire du droit d'origine interne indifférent à sa complétude devant le Conseil d'État

370. Après avoir observé en 1984 qu'à l'exception des articles 2, 4, 54 alinéa 3, 64 et 66, « *la constitution ne comporte pas de normes directement ou indirectement applicables aux individus* »¹⁰³⁷, Louis Favoreu écrivait en 1996 que « *toutes les normes constitutionnelles sont d'application directe et n'ont pas besoin du relais de la loi pour être rendues "opérationnelles"* »¹⁰³⁸. Cette inversion de la lecture doctrinale du statut contentieux des dispositions constitutionnelles était annonciatrice du progrès de la justiciabilité des normes imprécises.

371. Sous l'empire de la jurisprudence *Tallagrand*¹⁰³⁹, les juridictions administratives n'attachaient pas l'invocabilité des dispositions constitutionnelles au caractère obligatoire de la norme constitutionnelle. Cette solution conduisait le Conseil d'État à refuser l'invocabilité à de nombreuses dispositions du préambule, jugées trop imprécises¹⁰⁴⁰. La reconnaissance de la valeur normative d'un principe constitutionnel¹⁰⁴¹, n'était alors en soi pas suffisante pour en

¹⁰³⁷ Louis FAVOREU, « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *R.F.D.A.*, 1984, pp. 174-185 (176).

¹⁰³⁸ Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, economica, 1996, pp. 25-43 (30) ; cette évolution des analyses du doyen Favoreu est présentée par Fabrice MELLERAY, (« De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité directe des normes constitutionnelles », *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic : Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 185-193).

¹⁰³⁹ CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, préc.

¹⁰⁴⁰ La jurisprudence *Tallagrand* conduit à dénier l'effet direct de nombreuses dispositions du préambule de 1946, citons le droit d'asile (alinéa 4) : CE, 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, préc. ; le droit à l'emploi (alinéa 5) : CE, 28 décembre 2005, *Préfet de la Haute-Savoie contre Ali A*, n°274204, inédit ; le droit à la participation des travailleurs (alinéa 8) : CE, 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, *Leb.* p. 586 ; le droit à la protection de la santé (alinéa 11) : CE, 28 juillet 2004, *Préfet de police contre Nait Saad*, n°253927, inédit.

¹⁰⁴¹ Cons. const., 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, 2005-514, *Rec. CC*, p. 78, pt.37 ; CE, 19 juin 2006, *Associations eaux et rivières de Bretagne*, n°282456, *Tables Leb* pp. 753, 956, com. Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Premières précisions sur la portée juridique de la charte de l'environnement », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 1584-1592.

faire un « *moyen contentieux invocable directement* »¹⁰⁴² à l'encontre des autorités édictant des actes entrant dans son champ d'application. Le président Stirn a ainsi pu soutenir à propos des principes de la Constitution de 1946 que « *s'ils ne sont pas tous rédigés en des termes suffisamment précis pour avoir par eux-mêmes des effets directs, ils ont tous pleine valeur constitutionnelle* »¹⁰⁴³. René Chapus soutenait cette position et observait que le fait que « *le préambule a force de loi constitutionnelle dans la totalité de ses dispositions [...] ne signifie toutefois pas qu'il n'y ait lieu à aucune distinction entre les dispositions du préambule. Certaines sont suffisamment précises pour être susceptibles d'être appliquées telles qu'elles sont et de servir de base à une action en justice. D'autres ne sauraient au contraire être utilisables qu'après avoir été précisées par une loi d'application* »¹⁰⁴⁴. Les arguments d'autorité ne manquaient donc pas pour dissocier l'invocabilité de la « *valeur constitutionnelle* » de la norme suprême de l'ordre juridique français. Il n'en était pas moins bien difficile de trouver quel bénéfice pouvait bien retirer le justiciable de cette valeur constitutionnelle attachée à ces normes. On était bien en peine de trouver l'assise logique d'une jurisprudence qui, selon les dires de Jean-Éric Schoettel, reconnaissait aux principes constitutionnels « *une portée juridique réelle, même s'ils ne sont pas justiciables* »¹⁰⁴⁵. Cela s'explique car le choix de ne pas attribuer l'invocabilité aux règles constitutionnelles imprécises était prioritairement guidé par des considérations fonctionnelles. Ainsi que l'a souligné Gustavo Zagrebelsky à propos de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, cette doctrine tend avant tout à « *limiter l'efficacité de la Constitution et maintenir l'ordonnement hérité du passé* » et « *à sauver le rôle primordial de la loi dans les sources [du droit]* »¹⁰⁴⁶.

372. Or, devant le Conseil d'État, la diffusion de l'invocabilité des règles constitutionnelles imprécises n'avait pas vocation à mettre en cause la validité de lois manifestement contraires à celles-ci, dans la mesure où la très haute juridiction administrative n'est pas le juge de la constitutionnalité des lois. Il s'agissait de diffuser leur invocabilité contre des décisions et règlements, et « *de donner corps, autant que possible, à l'idée que la Constitution irradie,*

¹⁰⁴² Manuel GROS, « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux », *R.D.P.*, 2009, pp. 425-448 (435).

¹⁰⁴³ Bernard STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, p. 17.

¹⁰⁴⁴ René CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n°70.

¹⁰⁴⁵ Jean-Éric SCHOETTEL, « Le registre international français est-il constitutionnel ? », *L.P.A.* n°142, 19 juillet 2005, pp. 3-22 (7).

¹⁰⁴⁶ Gustavo ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, EGES, 1984, p. 104.

dans les limites de la théorie de la loi-écran, l'ensemble des actes administratifs »¹⁰⁴⁷. Dans cette perspective, la justiciabilité des normes constitutionnelles imprécises s'impose comme le prolongement de l'évolution du rôle de la Constitution dans l'ordre juridique des États. Se référant aux travaux du Gustavo Zagrebelsky, Elise Carpentier a noté que « lorsque les Constitutions n'avaient qu'une dimension institutionnelle et que la reconnaissance des droits et libertés était l'apanage du législateur, il était normal que le juge ne soit que "la bouche de la loi" ; maintenant que les Constitutions ont aussi une dimension substantielle, il paraît naturel que les juges en tiennent compte dans l'exercice de leur fonction et qu'ils ne donnent plus à la loi une souveraineté dont le constituant a souhaité la priver »¹⁰⁴⁸. L'évolution substantielle de la Constitution invite le juge constitutionnel à dégager sa propre compétence pour appliquer des normes qui « sont très générales, rédigées de manière assez vague », car contenues dans un acte qui « ne fait que fixer les règles qui devraient permettre un fonctionnement harmonieux des institutions, la stabilité du régime et le respect de la démocratie et des droits et libertés des citoyens »¹⁰⁴⁹.

373. L'arrêt *Commune d'Annecy*¹⁰⁵⁰ a bouleversé l'appréhension juridictionnelle des règles constitutionnelles imprécises, en initiant un mouvement tendant à attacher l'invocabilité à leur valeur constitutionnelle. Le Commissaire du gouvernement Yann Aguila avait pris position en ses conclusions en faveur d'une telle autonomisation de l'invocabilité lorsqu'il conclut qu'« un principe constitutionnel trop général peut difficilement servir de base directe à la reconnaissance d'un droit subjectif au profit d'un particulier. En revanche, il peut normalement toujours être invoqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire. Le juge des normes doit veiller au respect de la Constitution par les pouvoirs publics – législateur et gouvernement – dans le cadre de leur activité

¹⁰⁴⁷ Emmanuel CORTOT-BOUCHER, « Le devoir de prévention posé par l'article 3 de la Charte de l'environnement. Portée, contrôle », conclusions sur CE, 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la Pêche en France, R.F.D.A.*, 2014, pp. 97-108.

¹⁰⁴⁸ Elise CARPENTIER, « Le juge administratif et la charte constitutionnelle de l'environnement », préc., p. 466.

¹⁰⁴⁹ Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « La Constitution doit-elle être efficace ? », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-232 (215). Cette imprécision de la Constitution est célébré par Shirley M. HUFSTEDLER qui la considère comme une propriété nécessaire à son adaptabilité aux évolutions de la société et de l'ordre juridique dont elle est la norme fondamentale : « Ce n'est pas avec ironie que je qualifie les termes de la Déclaration des droits "d'ambiguïtés glorieuses". La nature insaisissable même de leur substance a rendu possible la mise au point et la remise au point de la doctrine constitutionnelle, de manière à satisfaire les besoins d'une société libre, pluraliste et en évolution. Tandis que la précision occupe une place d'honneur dans la rédaction d'un arrêté préfectoral, elle est mortelle lorsqu'il s'agit d'une constitution qui veut être vivante », (The Honorable Shirley M. HUFSTEDLER, « In the Name of Justice », *Stanford Lawyer*, 1979, pp. 3-4. Traduction de Mauro CAPPELETTI, in « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », préc., p. 638).

¹⁰⁵⁰ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc.

normative »¹⁰⁵¹. Ce faisant, il convainquit la haute juridiction administrative de distinguer son office de juge des droits de celui de juge des normes pour admettre l'invocabilité des normes imprécises dans le second. En reconnaissant l'invocabilité de l'article 7 de la Charte de l'environnement relatif au droit à l'information et à la participation aux décisions à incidence environnementale, dont les dispositions « *s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs* », le Conseil d'État a reconnu la justiciabilité d'une disposition constitutionnelle imprécise. La haute juridiction a ainsi estimé que les dispositions du décret attaqué « *concourent de manière indivisible à l'établissement d'une procédure de consultation et de participation qui entre dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement, a été pris par une autorité incompétente* », dans la mesure où l'article 7 réserve au législateur la compétence de définir ses conditions de mise en œuvre. Cette disjonction entre invocabilité et clarté sémantique de la norme marque l'aboutissement d'une tendance jurisprudentielle marquée par une réduction des exigences du Conseil d'État en matière de complétude normative¹⁰⁵². Elise Carpentier mettait en évidence l'importance de ce renversement de perspectives, en observant que « *le lien que semble vouloir tisser le Conseil d'État, dans l'arrêt Commune d'Annecy, entre cette valeur constitutionnelle et l'indispensable opposabilité des normes qu'elle caractérise à l'administration est [...] nouveau et, à vrai dire, pratiquement historique* »¹⁰⁵³. L'invocabilité de l'article 7 de la Charte fut confirmée à la faveur du contrôle de la légalité de la décision ministérielle autorisant la réintroduction d'ours dans les Pyrénées¹⁰⁵⁴. La très haute juridiction administrative a par la suite reconnu l'invocabilité à l'article 5 de la Charte relatif au principe de précaution, également marqué par une certaine imprécision¹⁰⁵⁵. Ce principe a également été pris en considération pour examiner la légalité d'une autorisation de construire des

¹⁰⁵¹ Yann AGUILA, « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc., p. 1531.

¹⁰⁵² V. Fabrice MELLERAY, « La Constitution, norme d'application directe par le Conseil d'État », in Guillaume DRAGO (dir.), *L'application directe de la Constitution par les Cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 17-29.

¹⁰⁵³ Elise CARPENTIER, « Le juge administratif et la charte constitutionnelle de l'environnement », préc., p. 454.

¹⁰⁵⁴ CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, n°292397, *Tables Leb.* pp. 597, 846, 914.

¹⁰⁵⁵ Il est à noter qu'à la différence de l'article 7 de la charte, le principe de précaution est jugé inconditionnelle par la haute juridiction administrative qui considère que ses dispositions « *n'appellent pas de dispositions législatives ou réglementaires en précisant les modalités de mise en œuvre* » : CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier Les Hauts de Choiseul contre Cne d'Amboise*, n°328687 *Leb.*, p. 333 ; CE, ass., 12 avril 2013, *Association coordination régionale stop THT*, n°342409, *Leb.* p. 60, cons. 36-41.

antennes de téléphonies mobiles. L'intensité du contrôle reste toutefois limitée, car la censure de l'acte querellé est conditionnée à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation¹⁰⁵⁶.

374. La théorie de la loi écran était susceptible de grandement limiter la portée de la reconnaissance de l'invocabilité des dispositions de la Charte qui appellent le législateur à en définir les conditions d'application. Pourtant, l'écran législatif n'est appelé à exclure que très ponctuellement l'exercice du contrôle du respect par l'administration des dispositions de la Charte de l'environnement désignant le législateur comme autorité compétente pour en préciser les conditions de mise en œuvre. En effet, le Conseil d'État ne s'est jugé incompétent pour apprécier la constitutionnalité d'un acte réglementaire que dans l'hypothèse où celui-ci se cantonnait à « *tirer les conséquences nécessaires* »¹⁰⁵⁷ de la loi. Ce faisant, la haute juridiction administrative « *semble exiger la reprise de dispositions législatives particulièrement précises* »¹⁰⁵⁸. Le Conseil d'État a donc écarté cette forme remarquablement efficace de l'écran législatif qui tient à écarter tout moyen d'inconstitutionnalité tiré de la méconnaissance d'un principe ayant été concrétisé par voie législative. L'applicabilité de cette théorie de la loi-écran est en effet soumise à l'adéquation de la substance de la norme législative appelée à faire écran et de l'acte administratif dont la constitutionnalité est contestée. Il en résulte que même « *en présence d'une loi les dispositions de la Charte de l'environnement sont désormais directement invocables indépendamment du fait que celles-ci renvoient ou non à la loi* »¹⁰⁵⁹.

375. Chose logique au regard de la « *relation immédiate* »¹⁰⁶⁰ qu'il entretient avec le texte suprême, le Conseil constitutionnel fait désormais preuve d'un égal détachement vis-à-vis de l'exigence de densité normative des dispositions constitutionnelles. C'est ainsi que dans sa décision *loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, la juridiction constitutionnelle a admis l'invocabilité de l'article 5, relatif au principe de précaution et de l'article 7, relatif à l'accès à l'information environnementale, de la Charte de l'environnement¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ CE, ass., 12 avril 2013, *Association coordination régionale stop THT*, préc., cons. 37 ; V. Laetitia JANICOT, Agnès ROBLOT-TROIZIER, Ariane VIDAL-NAQUET, « Des normes de référence inscrites dans la charte de l'environnement », *C.C.C.*, 2012, pp. 195-210 (201).

¹⁰⁵⁷ CE, ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la Pêche en France*, n°344522, *Leb.* p. 192, cons. 12 et 13.

¹⁰⁵⁸ Laetitia JANICOT, « La portée encore incertaine de la Charte de l'environnement », *J.C.P. G.*, 2013, pp. 2120-2124 (2123).

¹⁰⁵⁹ Laetitia JANICOT, « La portée encore incertaine de la Charte de l'environnement », préc., p. 2123.

¹⁰⁶⁰ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, Monchrestien, 4^{ème} éd., 2006, p. 54.

¹⁰⁶¹ Cons. const., 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n°2008-564, *Rec. CC.*, p. 313, pts. 21 et 50 ; V. également, Cons. const., 13 juillet 2012, *France nature environnement*, n°2012-262 *Rec. CC.*, p. 326.

376. Les droits sociaux ont profité d'une diffusion équivalente de leur justiciabilité. Le Conseil d'État a récusé en 2004 l'invocabilité de l'alinéa 11 du préambule de 1946, en considérant que « *le principe posé par les dispositions du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles : "La Nation garantit à tous la protection de la santé, de la sécurité matérielle, le repos et les loisirs" ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante* »¹⁰⁶². Le Conseil constitutionnel a également jugé inopérants les moyens tirés de sa violation, partant du constat que le principe de l'alinéa 11 du préambule de 1946 « *ne constitue une norme de valeur constitutionnelle* »¹⁰⁶³. Mais la juridiction constitutionnelle a par la suite affirmé l'applicabilité contentieuse de cette disposition, estimant que le législateur ne peut pas priver « *de garanties légales des exigences constitutionnelles* »¹⁰⁶⁴ procédant de l'alinéa 11 du préambule de 1946¹⁰⁶⁵. De même le Conseil d'État a finalement admis l'invocabilité du droit à la santé en 2007 dans un arrêt *Association des accidentés de la vie*, à la faveur duquel il conclut que la modification du cadre réglementaire encadrant la participation forfaitaire des assurés sociaux aux actes dits coûteux était conforme à l'alinéa 11¹⁰⁶⁶.

377. De cette manière, les deux ailes du Palais Royal firent leur l'assertion du doyen Vedel suivant laquelle « *l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif* »¹⁰⁶⁷. Il est néanmoins nécessaire de modérer la portée pratique de ce nécessaire retour à la logique. Un regard sur la jurisprudence du conseil constitutionnel dédiée au préambule de 1946 suffit à constater que « *[f]ace à un principe formulé en des termes très généraux, en effet, le juge est naturellement porté à ne se livrer qu'à un contrôle de compatibilité, voire de non-incompatibilité manifeste* »¹⁰⁶⁸. Confrontée à l'allégation de la violation d'une norme constitutionnelle imprécise, la haute juridiction administrative retient également « *une conception étroite de son contrôle en ne censurant les décisions dont la*

¹⁰⁶² CE, 28 juillet 2004, *Préfet de police contre Nait Saad*, préc.

¹⁰⁶³ Cons. const., 23 juillet 1999, *Loi sur la couverture maladie universelle*, n°99-416, *Rec. CC*, p. 100, pt. 29.

¹⁰⁶⁴ Cons. const., 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, n°2003-488, *Rec. CC*, p. 480, pt. 16.

¹⁰⁶⁵ Laurence GAY remarque plus largement que « *[l]a tentation d'en nier la nature juridique a été condamnée par le conseil constitutionnel, acceptant de faire des alinéas 5 et 10 à 13 du préambule de 1946 des normes de référence pour le contrôle de constitutionnalité des lois* », (« La notion de "droits créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *C.C.C.*, juin 2004, pp. 148-154 (148)).

¹⁰⁶⁶ CE, sect., 2 juillet 2007, *Association des accidentés de la vie*, n°295685, inédit.

¹⁰⁶⁷ Georges VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *Colloque du bicentenaire : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, 1989, PUF, pp. 35-68 (55).

¹⁰⁶⁸ Elise CARPENTIER, « Le juge administratif et la charte constitutionnelle de l'environnement », préc., p. 462 ; V. aussi, Olivier DORD, « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC ! », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 1614-1618.

légalité est contestée devant lui qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation »¹⁰⁶⁹. C'est ainsi qu'appelé à juger de la conformité d'une autorisation de construire des antennes de relais de téléphonie mobile au principe constitutionnel de précaution, le Conseil d'État juge qu'il n'apparaît pas que « *le maire de la commune d'Amboise ait entaché sa décision d'erreur manifeste d'appréciation au regard des dispositions de l'article 5 de la Charte de l'environnement* »¹⁰⁷⁰. La complétude de la norme constitutionnelle influe donc désormais sur sa force invalidante, c'est-à-dire sur sa propension à motiver l'annulation d'un acte de rang inférieur. L'examen de la précision de la règle constitutionnelle n'a certes plus d'influence sur l'invocabilité de la norme, mais elle détermine l'intensité du contrôle exercé sur son fondement. Aussi, ce changement des effets attribués par la haute juridiction administrative à l'imprécision normative n'a pas vocation à grandement dynamiser l'efficacité des règles constitutionnelles imprécises au contentieux. Mais, bien qu'elle ne révolutionne pas l'intérêt contentieux de ces principes constitutionnels, cette évolution jurisprudentielle reste bienvenue. Elle permet de rendre justice au caractère obligatoire de ces normes imprécises en les agréant au rang de référentiels de la validité des actes administratifs, tout en garantissant l'équilibre des pouvoirs en subordonnant le prononcé de jugements d'invalidité à leur violation manifeste¹⁰⁷¹. Cette solution parvient donc à concilier logique juridique et pragmatisme jurisprudentiel.

378. La Cour de justice est arrivée largement aux mêmes conclusions, en détachant le plus souvent l'invocabilité du droit de l'Union d'origine interne de sa complétude.

B. Le caractère obligatoire partiellement indifférent à sa complétude devant la Cour de justice

379. Le traitement de l'invocabilité du droit d'origine interne par la Cour de justice de l'Union apparaît déséquilibré. En effet, il fluctue selon que les actes attaqués sont émis par les institutions de l'Union ou celles des États membres. La légalité interne des premiers ne peut

¹⁰⁶⁹ Laetitia JANICOT, Agnès ROBLLOT-TROIZIER, Ariane VIDAL-NAQUET, « Des normes de référence inscrites dans la charte de l'environnement », préc., p. 202.

¹⁰⁷⁰ CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier Les Hauts de Choiseul contre Cne d'Amboise*, préc.

¹⁰⁷¹ Pour une analyse de l'opportunité de calquer le statut contentieux du droit conventionnel dépourvu d'effet direct sur ce modèle, V. *infra*, partie 2, Titre 2, chapitre 1, Section 2, § 1.

en effet être examinée qu'à l'aune de normes complètes (2). La légalité interne et externe des seconds peut en revanche être contrôlée à l'aune de toute norme de l'Union, qu'elle soit précise ou non (1).

1) La contestation de la légalité des actes étatiques indifférente à la complétude

380. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union continue de réserver à l'effet direct un rôle déterminant dans l'appréciation de l'invocabilité des directives devant les juridictions des États membres¹⁰⁷². Mais, lorsque le litige pendant devant le juge *a quo* revêt toutes les caractéristiques d'un contrôle de la légalité d'un acte étatique, la Cour a détaché l'invocabilité de l'effet direct¹⁰⁷³ (a). Cette invocabilité d'éviction reste cependant exclue dans le cadre de litiges interindividuels (b).

a) Consécration

381. La Cour de justice a consacré l'invocabilité d'exclusion des normes d'origine interne incomplètes, statuant en qualité du juge *ad quem* dans le cadre de contentieux objectif de la légalité¹⁰⁷⁴. L'invocabilité d'exclusion offre aux personnes privées le droit de se prévaloir de directives incomplètes, en vertu de leur primauté, aux fins de contester la légalité des actes étatiques. Dès l'arrêt *Kraaijeveld*¹⁰⁷⁵, les personnes privées ont été tacitement admises à demander aux juges nationaux, lorsqu'une directive confère aux États membres une large marge d'appréciation et se trouve conséquemment dépourvue d'effet direct, de vérifier que

¹⁰⁷² V. en dernier lieu, CJUE, Gde chbre, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, C-282/10.

¹⁰⁷³ CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc. ; CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay contre Région Wallonne*, préc.

¹⁰⁷⁴ Yves GALMOT, Jean-Claude BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *R.F.D.A.*, 1988, pp. 15-25 ; Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 441 ; Pablo FIGUEROROA REGUEIRO, « Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Development of the Case-Law of 'Horizontal' Direct Effect of Directives », Jean Monnet Working Paper, disponible sur internet à l'adresse qui suit : www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020701.pdf ; Thomas EILMANSBERGER, « The Relationship Between Rights and Remedies in EC Law: in Search of the Missing Link », *CML Rev.*, 2004, pp. 1199-1246.

¹⁰⁷⁵ CJCE, 24 octobre 1996, *Annemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid Holland*, préc.

ces derniers n'ont pas outrepassé cette marge¹⁰⁷⁶. Mais ce n'est qu'à la faveur de l'affaire *Berthe Linster* que la Cour de justice, sur l'invitation de l'avocat général Philippe Léger, explicita les fondements de ce droit de se prévaloir de directives dépourvues d'effet direct car incomplètes aux fins d'écartier l'application des dispositifs nationaux incompatibles¹⁰⁷⁷. De toute évidence, il cherchait alors à exporter les logiques développées par le Conseil d'État dans sa jurisprudence *Palazzi*¹⁰⁷⁸, qui autorise les justiciables à contester la conformité d'un acte de portée générale étatique aux objectifs définis par une directive, alors même que celle-ci est dépourvue d'effet direct¹⁰⁷⁹. Il menait alors un raisonnement qui préfigurait les conclusions de Yann Aguila dans *Commune d'Annecy*, soulignant que « [d]ans un [...] contentieux, à la fois "vertical" et "objectif", où les moyens invoqués par une partie contre un organisme public ne sont pas directement destinés à obtenir la reconnaissance d'un droit propre, la question de l'effet direct tend à s'effacer devant celle de la primauté. Le problème de l'intégration de la règle de droit communautaire au droit national reste au niveau de la confrontation des normes entre elles et n'atteint pas celui de leur application aux sujets de droit »¹⁰⁸⁰. Il en déduit que « dans cette perspective, le contenu de la règle importe moins que s'il devait en être fait une application concrète au bénéfice d'un sujet de droit [...]. Il doit ainsi être possible de faire usage des droits contenus dans une directive non transposée, indépendamment de leur formulation, dès lors qu'ils sont invoqués à des fins de contrôle de la

¹⁰⁷⁶ Sacha PRECHAL observe ainsi que « *Kraaijeveld is the explicit recognition of legality review in which a Community Law provision serves as a standard for this test and where Member States dispose of a (broad) margin of discretion. In Kraaijeveld no rights of Mr. Kraaijeveld were at stake* », (« Direct effect reconsidered, redefined and rejected », in *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, op. cit., p. 19). Traduction : « la jurisprudence *Kraaijeveld* est une reconnaissance explicite de l'aptitude d'une règle communautaire à servir de norme de référence du contrôle de légalité alors même que les États membres disposent d'une grande marge d'appréciation pour définir ses conditions d'application ». Une telle possibilité avait été antérieurement évoquée en 1982 dans l'arrêt *Becker*. CJCE, 19 janvier 1982, *Ursula Becker contre Finanzamt Münster-Innenstadt*, préc.

¹⁰⁷⁷ Philippe LEGER, 11 janvier 2000, conclusions sur CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, C-287/98, Rec. p. I-6917 ; les logiques développées par Philippe Léger ont trouvé échos dans les conclusions ultérieurs de différents avocats généraux, Antonio SAGGIO, 16 décembre 1999, conclusions sur CJCE, *Océano Grupo Editorial contre Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA contre Sánchez Alcon Pradez*, préc., pts. 34-36 ; Julianne KOKOTT, 14 octobre 2004, conclusions sur CJCE, *Silvio Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, pt. 134.

¹⁰⁷⁸ Pour l'exception d'illégalité d'une loi : CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, préc. ; pour l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire : CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc. ; pour l'exception d'illégalité d'une règle jurisprudentielle : CE, ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, n°138777, *Leb.* p. 30.

¹⁰⁷⁹ Thierry DAL FARRA, « L'invocabilité des directives devant le juge national de la légalité, étude comparée des conceptions de la CJCE et du Conseil », *R.T.D. eur.*, 1992, pp. 631-669 (655-656).

¹⁰⁸⁰ Philippe LEGER, 11 janvier 2000, conclusions sur CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc., pt. 73.

légalité des normes de droit interne »¹⁰⁸¹. La référence à l'usage « des droits contenus dans une directive » est ici regrettable en tant que les conclusions visent précisément à écarter le litige au principal du terrain du contentieux des droits pour le placer sur celui de la légalité objective¹⁰⁸².

382. La même ambivalence était présente chez Ronny Abraham qui observait dans ses célèbres conclusions sur *GISTI* que « [c]ertains ont pour objet d'ouvrir des droits aux particuliers, d'autres non. Certains sont suffisamment complets pour être applicables directement à des situations individuelles, d'autres non. Mais aucun ne doit être exclu a priori du débat juridictionnel : il doit être possible, par suite, de contester la compatibilité de la norme interne avec la norme internationale dépourvue d'effet direct, lorsque celle-ci a pour objet de garantir des droits aux particuliers, pour la raison que cette dernière fait elle aussi partie, en vertu de la Constitution, du droit national »¹⁰⁸³. Le maintien de ces références aux droits n'est toutefois pas accidentel, il doit s'analyser comme une volonté de préservation du critère subjectif de l'effet direct, que l'on sait satisfait par le droit de l'Union depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*¹⁰⁸⁴. Ce critère subjectif, qui tient à vérifier que le destinataire de la norme invoquée est une personne privée, reste ponctuellement employé par les juridictions de Paris et de Luxembourg pour écarter de justiciabilité de certaines conventions internationales ayant vocation à régir les relations entre États¹⁰⁸⁵.

383. Le conflit entre principe de légalité et critère objectif de l'effet direct est mis en exergue par Philippe Léger qui remarque qu'« [i]l peut donc être justifié de reconnaître aux particuliers le droit de s'adresser aux juridictions nationales pour obtenir que soit assuré le respect de la hiérarchie des normes lorsque, en raison du défaut de transposition d'une

¹⁰⁸¹ Philippe LEGER, 11 janvier 2000, conclusions sur CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc., pts. 80 et 82.

¹⁰⁸² Joe VERHOEVEN souligne en effet qu'en pareil cas « l'important n'est pas [...] le droit que l'effet direct procure à des particuliers, c'est exclusivement l'étendue du contrôle objective de la légalité qui peut être assuré par le juge », (*Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2001, p. 307).

¹⁰⁸³ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 588. Nous soulignons.

¹⁰⁸⁴ Il est en effet entendu depuis cet arrêt fondateur que le droit communautaire prend les personnes privées pour destinataires : CJCE, 5 février 1963, *V Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, préc., p. 6.

¹⁰⁸⁵ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc. Pour une analyse exhaustive des conditions d'usage du critère subjectif de l'effet direct par la Cour de justice et le Conseil d'État, V. *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

directive, il y est porté atteinte. Par là même se trouve renforcée l'exigence d'un respect plus strict du droit communautaire, dont la primauté peut ainsi bénéficier d'un soutien de la part des particuliers. Ceux-ci sont en effet directement intéressés, par le truchement de leurs intérêts propres, au respect de la légalité »¹⁰⁸⁶. En conséquence, la Cour est invitée par l'avocat général à indiquer à la juridiction nationale qu'il n'est pas nécessaire « de vérifier au préalable si les dispositions invoquées de la directive sont suffisamment précises et inconditionnelles »¹⁰⁸⁷ pour examiner la légalité du produit juridique national. Le contentieux objectif est ainsi présenté comme un instrument de protection de la hiérarchie des normes. On retrouve ici les logiques de l'arrêt *Kraaijeveld*¹⁰⁸⁸ présentées par le juge Edward en ces termes : « *The right recognized was not to secure any positive remedy or to have particular result achieved, but rather the right to call for judicial review – the right to ask the courts to ensure the national legislature and executive, when acting fields covered by a Community directive, comply with their obligations and do not exceed the bounds of their permitted discretion* »¹⁰⁸⁹. Takis Tridimas a également mis en évidence la dimension objective de cette invocabilité : « *Linster highlights the function of directives as instruments for reviewing national discretion rather than as instruments of rights* »¹⁰⁹⁰.

384. Sans se référer à ce caractère objectif du litige au principal, la juridiction de l'Union a *in fine* suivi les conclusions de Philippe Léger, en jugeant qu'« *il serait incompatible avec l'effet contraignant que cette disposition reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées. [...] L'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant*

¹⁰⁸⁶ Philippe LEGER, 11 janvier 2000, conclusions sur CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc., pts. 85-86.

¹⁰⁸⁷ Philippe LEGER, 11 janvier 2000, conclusions sur CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc., pt. 89.

¹⁰⁸⁸ CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, préc.

¹⁰⁸⁹ David EDWARD, « direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations », in *Scritti in onore de Giuseppe Frederico Mancini*, T. 2, *op. cit.*, p. 442. Traduction: « le droit consacré ne visait pas à garantir une prestation substantielle ou à atteindre un objectif défini, mais plutôt le droit d'initier un contrôle de légalité, le droit de demander à la Cour de s'assurer que les législatifs et exécutifs nationaux, lorsqu'ils agissent dans un domaine relevant du champ d'application d'une directive communautaire, se conforment à leurs obligations et n'outrepassent pas l'étendue de leur marge d'appréciation ».

¹⁰⁹⁰ Takis TRIDIMAS, « Black, white and a shade of grey : horizontality of directives revisited », *YB. Eur. L.*, 2002, pp. 327-354 (332). Traduction : « *Linster* envisage davantage les directives comme instrument de contrôle de l'usage que les États font de leur pouvoir discrétionnaire que comme un source de droits ». Jean-Victor LOUIS relève que la jurisprudence *Kraaijeveld* « illustre particulièrement l'abandon de la théorie classique de l'effet direct, laissant apparaître une autre forme d'invocabilité, pour laquelle aucun droit subjectif n'intervient », (Jean-Victor Louis, Thierry Ronse, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 303).

qu'élément du droit communautaire pour vérifier si, dans l'exercice de la faculté qui lui est réservée quant à la forme et aux moyens pour la mise en œuvre de la directive, le législateur national est resté dans les limites de la marge d'appréciation tracée par la directive »¹⁰⁹¹. La solution ici adoptée paraît semblable à celle appliquée par le Conseil d'État, lorsque n'est pas sollicité l'effet direct des directives. Olivier Dubos remarquait à ce propos que « [p]our la Cour il appartient au juge national de veiller à ce que les autorités étatiques restent “dans les limites de la marge d'appréciation tracées par la directive” alors que pour le Conseil d'État, il s'agit de veiller à la compatibilité du droit national “avec les objectifs de la directive”. La différence apparaît ici principalement d'ordre sémantique »¹⁰⁹². La Cour s'appuie alors sur la prévalence du droit de l'Union pour offrir au justiciable le droit de se prévaloir de la disposition invoquée. Koen Lenaerts et Tim Corthaut observent que « *the requirements of clarity, precision and unconditionality prove to be highly relative. When it comes to precedence the only question is whether a conflict can be identified. In principle, if that is the case the conflicting provision of national law has to yield. This also means, however, that the exclusion only applies to the extent of the conflict* »¹⁰⁹³.

385. Pour reprendre l'expression de Philippe Léger, les divers avatars de la jurisprudence *Berthe Linster*¹⁰⁹⁴ permettent aux directives imprécises de déployer au contentieux leur “effet contraignant”. En offrant aux justiciables la possibilité de se prévaloir des directives devant les juridictions des États membres pour contester la régularité des actes de portée générale étatiques, la Cour de justice attache à la violation de ces règles de droit dérivé la sanction

¹⁰⁹¹ CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, C-287/98, *Rec.* p. I-6917, pt. 32 ; ce faisant, elle constitue l'aboutissement d'une jurisprudence qui asseyait l'invocabilité de certaines directives, indépendamment de leur effet direct, sur l'examen le respect par les États membres des limites de sa marge nationale d'appréciation qui est l'objet de leur sollicitation, CJCE, 1^{er} février 1997, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, C-51/96, *Rec.* p. 113, pts. 22-24 ; CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, préc., pt. 56 ; CJCE, 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund e.a. contre Autonome Provinz Bozen e.a.*, préc.

¹⁰⁹² Olivier DUBOS, « L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster*) », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 568-575 (573).

¹⁰⁹³ Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 292. Traduction : « les exigences de clarté, de précision et d'inconditionnalité peuvent être grandement relativisées. Si l'on se situe sur le terrain de la prévalence, la seule question consiste en l'existence ou non d'un conflit de normes. Par principe, s'il y en a un, la norme interne incompatible doit être écartée. Cela signifie également que ladite norme nationale ne sera écartée que pour le litige en cause ».

¹⁰⁹⁴ CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, *Rec.* p. I-5403 ; CJCE, 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund e.a. contre Autonome Provinz Bozen e.a.*, C-435/97, *Rec.* p. I-5613 ; CJCE, 19 septembre 2000, *État du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts Linster*, C-287/78, *Rec.* p. I-06917 ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, affaires jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, *Rec.* p. I- 9711.

juridictionnelle qui garantit leur effectivité. Une rupture est donc créée entre le droit à la garantie des droits qui reste soumis à l'effet direct des normes qui les portent, et le droit au droit, qui se détache de cette exigence. Ce schisme est mis en évidence par Denis Alland lorsqu'il observe que l'invocabilité d'exclusion conférée aux directives par le Conseil d'État consiste à permettre aux justiciables de se prévaloir « *non d'un droit contenu dans la norme communautaire mais de cette norme en tant qu'elle s'insère dans la hiérarchie des normes et s'impose au nom du principe de légalité* »¹⁰⁹⁵. Il est également constaté par l'avocat général Saggio qui soutient, dans ses conclusions sur l'affaire *Océano Grupo Editorial*, que la Cour « *considère que la directive constitue un paramètre sur la base duquel évaluer la légalité de la législation nationale, indépendamment de sa capacité à attribuer aux particuliers des droits subjectifs "actifs" invocables en justice* »¹⁰⁹⁶.

386. En dernier lieu, la référence opérée par la Cour de justice à la nécessité de préserver « *l'effet utile* »¹⁰⁹⁷ des directives pourrait laisser penser que le point d'appui de l'invocabilité d'exclusion n'est pas seulement la garantie de la primauté du droit de l'Union, mais plus largement la garantie de l'efficacité des actes qui en assurent la transposition¹⁰⁹⁸. L'efficacité de la norme peut être définie comme le degré d'adéquation d'une norme de droit positif par rapport aux buts définis par les règles de droit supérieures¹⁰⁹⁹. En raisonnant sur le terrain de l'effet utile des directives, les juridictions de l'Union contrôlent ainsi fréquemment

¹⁰⁹⁵ Denis ALLAND, « L'application du droit international considéré du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame ? », préc., p. 234.

¹⁰⁹⁶ Antonio SAGGIO, 16 décembre 1999, conclusions sur CJCE, *Océano Grupo Editorial contre Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA contre Sánchez Alcon Pradez*, préc., pt. 34.

¹⁰⁹⁷ CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc., pt. 32 ; CJCE, 15 avril 2008, *Impact contre Minister for Agriculture and Food et autres*, C-268/06, *Rec. p.* I-2483, pt. 91 ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc., pt. 53.

¹⁰⁹⁸ Le caractère normatif du principe d'efficacité saisi par la Cour de justice, au travers de l'examen du bon respect de l'effet utile des actes de l'Union européennes est mis en évidence par Rainer ARNOLD, (« débats et discussions », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., pp. 331-345 (341)).

¹⁰⁹⁹ Luc HEUSCHLING, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., pp. 27-60 (53). Ariane VIDAL-NAQUET définit quant à elle l'efficacité comme l'adéquation de la norme aux buts qu'elle s'est elle-même attribués. Cette efficacité « désigne le caractère de ce qui produit l'effet attendu. Elle suppose donc d'établir une comparaison entre ce qui a été fait et ce qui a été voulu, voire de mesurer les rapports entre ces deux données. En ce sens, la loi est efficace si elle atteint les objectifs affichés et les objectifs attendus », (« L'efficacité dans le contrôle de constitutionnalité », in *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., pp. 187-208 (188-189)). Si l'on affirme que la Cour de justice s'attache à contrôler l'efficacité des actes nationaux de transposition, ce n'est pas dans ce second sens, un tel office relevant de la compétence du juge étatique ; Le président de la Cour constitutionnelle belge, Paul MARTENS, s'est vivement opposé à la promotion du principe d'efficacité au rang de norme, observant que le principe de proportionnalité est déjà « *jusqu'où le juge peut aller le plus loin dans un contrôle qui est souvent de l'opportunité* », (« débats et discussions », in *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., pp. 333-334).

l'adéquation d'une norme de droit positif, l'acte de transposition d'une directive attaquée, aux buts fixés par une norme supérieure, la directive¹¹⁰⁰. Il n'est ainsi pas fait référence au principe de primauté auquel la Cour a préféré le principe d'effet utile, moins explicitement attaché à la hiérarchie des ordres juridiques. En pratique, choisir l'effet utile comme fondement de l'invocabilité d'exclusion en lieu et place de la primauté n'est aucunement préjudiciable tant à la justiciabilité, qu'à la prévalence des directives. Par diplomatie jurisprudentielle, il paraît préférable que la Cour fonde cette forme d'invocabilité sur la nécessité de garantir l'effectivité du droit de l'Union que sur sa primauté, car cette dernière propriété de la règle unionnaire reste incompressiblement liée à la hiérarchie des ordres juridiques¹¹⁰¹.

387. Le Conseil d'État a quant à lui fondé l'invocabilité d'exclusion sur le principe d'effectivité dans sa jurisprudence récente. Depuis l'arrêt *FSSC*, la haute juridiction administrative juge en effet qu'« *il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire* »¹¹⁰². Or le principe ne se confond pas avec le concept d'effet utile et se détache de la primauté. Le principe d'effectivité, auquel le Conseil d'État fait référence, est défini en ces termes par la Cour de justice : « *il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, à condition toutefois [...] qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité)* »¹¹⁰³. Le principe d'effectivité oriente

¹¹⁰⁰ V. José Luís DA CRUZ VILAÇA, « Le principe d'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, (dir.), *La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., pp. 279-306.

¹¹⁰¹ L'opportunité de trancher les conflits de normes sur le terrain de l'effectivité et non seulement de la primauté du droit de l'Union a été mis en évidence par Eleftheria NEFRAMI qui a remarqué qu'il « *paraît [...] intéressant de ne pas inscrire dans les traités la seule primauté normative, mais de laisser la possibilité au principe d'effectivité [...] d'apaiser les conflits de normes à travers l'encadrement de l'autonomie procédurale du juge national. Le principe d'effectivité, régulateur du rapport des ordres, pourrait alors mieux servir à la résolution des conflits de normes* », (« À propos du principe de primauté », in *Le Traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 199-221 (221)).

¹¹⁰² T.confl., 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau et autres*, préc. ; CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, préc.

¹¹⁰³ En dernier lieu : CJUE, Gde chbre, 15 janvier 2013, *Jozef Križan et autres contre Slovenská inšpekcia životného prostredia*, C-416/10, pt. 85 ; création : CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 33/76, Rec. p. 1989, pt. 5.

les modalités procédurales régissant les recours en justice devant les juridictions des États membres de manière à ne pas « rendre impossible ou excessivement difficile » l'exercice des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union¹¹⁰⁴. Il s'agit donc d'un principe d'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres qui vise à faire de la sanction « un horizon plausible »¹¹⁰⁵ de la violation de la primauté des normes unionnaires, de sorte qu'il ne se confond pas avec celle-ci. Or le droit conventionnel international, s'il prime le droit d'origine interne français et de l'Union, ne bénéficie pas d'un pendant du principe d'effectivité. Ici se situe un obstacle fondamental à la translation du régime de l'invocabilité des directives au droit conventionnel international¹¹⁰⁶.

388. La Cour de justice a reconnu aux justiciables le droit de se prévaloir des directives dépourvues d'effet direct, mais a pris corrélativement soin de bien délimiter les configurations contentieuses dans lesquelles l'invocabilité d'exclusion peut être sollicitée.

b) Délimitations

389. La question de l'invocabilité d'exclusion des directives a vécu un certain renouveau depuis 2004, la Cour ayant laissé tour à tour craindre son extension, puis son abandon.

390. L'arrêt *Mangold*¹¹⁰⁷ a agité le spectre de la diffusion de l'invocabilité d'exclusion aux litiges horizontaux. Le litige opposait M. Mangold à son employeur, au sujet du contrat à durée déterminée conclu alors qu'il avait 56 ans pour exercer sa profession d'avocat. L'employé alléguait que la législation allemande, ayant permis à son employeur de le lier à un

¹¹⁰⁴ Ce principe est quant à lui né du contentieux dit de deuxième génération. Mertens DE WILMAR, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *Cah. dr. eur.*, 1981, pp. 379-409 (407) ; Arrêt de principe : CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, préc., pt. 5 ; Enonciation de la formule stabilisée pour désigner le principe d'effectivité : CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien contre SpA San Giorgio*, 199/82, *Rec.* p. 3595, pt. 12 ; Association de cette norme au vocable de principe d'effectivité : CJCE, 10 juillet 1997, *Osalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, C-261/95, *Rec.* p. I-4705, pt. 43.

¹¹⁰⁵ Rostane MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., p. 319.

¹¹⁰⁶ Pour une présentation de l'inapplicabilité des principes d'effectivité et de l'effet utile du droit de l'Union au droit conventionnel général, V. *infra*, cette Section, § 2, A, 1).

¹¹⁰⁷ CJCE, Gde chbre, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, C-144/04, *Rec.* p. I-9981, com. Olivier DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie ? », *J.C.P. G.*, 2006, pp. 1293-1297 ; Edouard DUBOUT, « Cour de justice, 22 novembre 2005, W. Mangold contre R. Helm », *Rev. Aff. Eur.*, 2005, pp. 723-733 ; Antoine MASSON et Claire MICHEAU, « The Werner Mangold case : An Example of Legal Militancy », *E.P.L.*, 2007, pp. 587-593.

contrat à durée déterminée alors même qu'il avait plus de 52 ans, contrevenait à la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi¹¹⁰⁸. La Cour de justice estima que « *le droit communautaire et, notamment, l'article 6, paragraphe 1 de la directive 2000/78 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui autorise, sans restrictions, à moins qu'il n'existe un lien étroit avec un contrat de travail antérieur à durée indéterminée conclu avec le même employeur, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur a atteint l'âge de 52 ans* »¹¹⁰⁹. Cette solution reçut un mauvais accueil en doctrine. Elle fut interprétée comme offrant aux directives un effet d'exclusion dans les litiges horizontaux, ce qui constituait corrélativement une ingérence dans les compétences des États membres et un péril pour la stabilité des situations juridiques individuelles. Que la Cour n'ait pas attaché à la directive un effet direct horizontal mais un effet d'exclusion dans un litige horizontal ne la mettait pas à l'abri d'une contradiction avec la jurisprudence *Faccini Dori*, qui s'oppose à ce qu'une directive puisse « *créer [des] obligations dans le chef d'un particulier* »¹¹¹⁰. L'avocat général Ján Mazák remarquait en ce sens que « *ce qui est décisif [...], eu égard en particulier au principe de la sécurité juridique, est de déterminer s'il est porté atteinte à la situation juridique d'un particulier en raison de l'invocation d'une directive, indépendamment de la question de savoir si cet effet négatif, techniquement, résulte de la simple exclusion de la règle nationale contraire en question ou de sa substitution par la directive* »¹¹¹¹. L'invocabilité d'exclusion des directives dans les litiges horizontaux est en réalité juridiquement encore plus insécurisante que leur effet direct horizontal. Les obligations communautaires dérivant de l'interprétation délivrée par le juge sont en effet moins prévisibles lorsqu'est examinée la portée de directives incomplètes auxquelles l'invocabilité d'exclusion permet de donner effet. Au-delà, l'arrêt *Mangold* était également critiquable sous l'angle de la séparation des pouvoirs. En définissant la substance du cadre réglementaire qui était de nature à garantir à une transposition correcte de la directive, et ce, avant la fin du délai accordé aux États membres¹¹¹², la Cour opérant « *une immixtion manifeste dans la compétence*

¹¹⁰⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil, 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE*, L 303, p. 16.

¹¹⁰⁹ CJCE, Gde chbre, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, préc., pt. 78.

¹¹¹⁰ CJCE, 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori contre Recreb Srl*, C-91/92, *Rec.* p. I-3325, pt. 20.

¹¹¹¹ Ján MAZÁK, 15 février 2007, conclusions sur CJCE, *Félix Palacios de la Villa contre Cortefiel Servicios SA*, C-411/05, *Rec.* p. I-8531.

¹¹¹² Ce point n'est pas indifférent. En effet, le juge Pescatore a bien démontré que l'effet direct des directives avait avant tout pour fonction de sanctionner l'État ayant méconnu son obligation communautaire de

des États »¹¹¹³. La Cour composa avec ces critiques dans l'arrêt *Küçükdeveci*¹¹¹⁴ pour retenir une interprétation de la jurisprudence *Mangold* apte à tempérer les inquiétudes par elle éveillées.

391. Dans cette affaire, la requérante contestait la conformité de la législation allemande – qui prévoyait que les délais de préavis de licenciement que l'employeur devait respecter augmentent progressivement en fonction de la durée de service, mais ne prenait pas en considération les périodes d'emploi antérieures à l'âge de 25 ans – à la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi. Cette législation avait permis à l'entreprise Swedex de procéder au licenciement de madame Küçükdeveci en calculant le délai de préavis comme si la salariée avait 3 ans d'ancienneté dans la firme, alors qu'elle était en réalité à son service depuis 10 ans. Le litige pendant devant le juge *a quo*, opposant un employé à une entreprise privée, était de nature horizontale. L'avocat général Yves Bot avançait pourtant deux arguments en faveur du maintien de l'invocabilité d'exclusion des directives dans les litiges horizontaux.

392. En premier lieu et du point de vue de la requérante, l'admission d'une telle forme d'invocabilité éviterait selon lui « *une réponse qui dirigerait Madame Küçükdeveci vers une action en responsabilité contre la République fédérale d'Allemagne [ce qui] aurait pour principal inconvénient de faire perdre à celle-ci son procès, avec les conséquences pécuniaires qui en découlent et alors même que l'existence d'une discrimination en raison de l'âge contraire à la directive 2000/78 est établie, et de l'obliger à entamer une nouvelle*

transposition dans les délais prescrits. V. Pierre PESCATORE, « L'effet direct des directives une tentative démythification », préc., pp. 171-176.

¹¹¹³ Olivier DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », préc., p. 1295. La classe politique allemande avait manifesté beaucoup d'animosité à la jurisprudence *Mangold*. Thomas BOMBOIS et Emmanuelle BRIBOSIA expliquent ainsi que « [l']ancien Président de la République d'Allemagne, Roman Herzog, dans un communiqué publié avec Lüdder Gerken (directeur du Centre for European Policy) dans le *EU Observer* (V. Pop, Former German president bashes EU Court, <http://euobserver.com>, 10 sept. 2008), dénonçait le fait que, dans plusieurs affaires, la Cour de justice ignorait systématiquement les principes fondamentaux de l'interprétation du droit en occident ; qu'elle ignorait la volonté du législateur, ou la transformait en son contraire et qu'elle inventait des principes juridiques servant de fondement à ses futurs jugements. [L]a Cour et le Président allemand incitait la Cour constitutionnelle allemande, saisie de cette affaire, à restreindre la Cour de justice en rejetant sa décision intervenue dans l'affaire *Mangold*. [L]a Cour constitutionnelle allemande s'est prononcée le 6 juillet 2010 (2 BVR 2661/06), dans cette affaire, et a rejeté le recours constitutionnel. A cette occasion, la Cour allemande a notamment considéré que la Cour de justice n'avait pas outrepassé ses compétences en adoptant la solution dégagée dans l'arrêt *Mangold* et que c'était dès lors à bon droit que la Cour fédérale du travail avait écarté la norme nationale en cause dans le cadre du litige qui lui était soumis », (« Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *R.T.D. eur.*, 2011, pp. 41-84 (74)).

¹¹¹⁴ CJUE, Gde chbre, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, *Rec.* p. I-365.

action judiciaire »¹¹¹⁵. En deuxième lieu et du point de vue de l'encadrement des législations discriminatoires des États membres, l'avocat général français soutenait qu'« *une lutte efficace contre les discriminations contraires au droit communautaire implique que le juge national compétent puisse octroyer aux personnes de la catégorie défavorisée, immédiatement et sans être contraint d'inviter les victimes à engager une action en responsabilité contre l'État, les mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée* »¹¹¹⁶. Cet argumentaire, marqué par le souci de l'effectivité de la lutte contre les discriminations, ne fut pourtant pas suivi par la Cour qui s'est refusée à « franchir le Rubicon »¹¹¹⁷ de la consécration de l'invocabilité d'exclusion horizontale des directives. Elle juge ainsi qu'« *il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe* »¹¹¹⁸. Le principe général de non-discrimination à raison de l'âge se trouve ainsi ciblé comme norme de référence de l'examen de la validité du dispositif juridique allemand¹¹¹⁹. Francis Donnat remarque que cette « réponse écarte l'ambiguïté qui pouvait résulter de l'arrêt *Mangold*, dans lequel la Cour semblait apprécier la compatibilité de la loi nationale tant au regard du principe que de la directive elle-même »¹¹²⁰. Les craintes de diffusion de l'invocabilité d'exclusion aux litiges horizontaux ont donc été apaisées par l'arrêt *Kücükdeveci*. La Cour de justice a également fermé la porte à l'invocabilité d'exclusion dans les litiges horizontaux de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux, garantissant aux travailleurs un droit à la participation et à

¹¹¹⁵ Yves BOT, 7 juillet 2009, conclusions sur CJUE, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, *Rec.* p. I-365, pt. 69.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, pt. 69.

¹¹¹⁷ Emmanuelle BRIBOSIA, Thomas BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », préc., p. 75.

¹¹¹⁸ Nous soulignons. CJUE, Gde chbre, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, préc., pt. 51.

¹¹¹⁹ Denys SIMON considère que par cette jurisprudence, la Cour a développé « la technique de l'invocabilité "osmotique" », (« Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », in *Union européenne et droit international : Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, op. cit., p. 148). Cela signifie que lorsqu'il existe une « osmose » normative entre un principe général du droit et une directive européenne, les prescriptions matérielles de cette dernière peuvent être utilement invoquées devant les juridictions nationales des États membres. Celles-ci donneront toutefois formellement application au principe que la directive concrétise.

¹¹²⁰ Michel AUBERT, Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Travail-Discrimination en fonction de l'âge », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 249-250 (249).

l'information¹¹²¹. Les directives n'ont donc pas le monopole du défaut d'invocabilité d'exclusion dans les litiges horizontaux.

393. La pérennité de l'invocabilité d'exclusion dans les litiges verticaux put même soulever quelques doutes lorsqu'à l'occasion de l'arrêt *Winner Wetten*, la Cour de justice se référait à « l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire »¹¹²². Cette référence doit être lue à la lumière de la jurisprudence ultérieure comme un motif surabondant. Elle procède d'une reprise de la formulation de la question posée par le juge de renvoi qui interrogeait la Cour sur le point de savoir si, « en dépit de la primauté de principe du droit communautaire directement applicable »¹¹²³, le maintien transitoire d'un dispositif législatif relatif aux jeux d'argent contraire aux règles de droit de la concurrence inscrites dans les Traités était conforme au droit primaire de l'Union. La juridiction de l'Union a depuis admis – à l'occasion des arrêts *Boxus et Roua*¹¹²⁴ et *Marie-Noëlle Solvay*¹¹²⁵ – l'invocabilité de l'article 10 bis de la directive 85/337¹¹²⁶ antérieurement jugé dépourvu d'effet direct¹¹²⁷ malgré les conclusions contraires de l'avocat général Sharpston¹¹²⁸. En reconnaissant à des justiciables la possibilité de se saisir de cette disposition dépourvue d'effet direct aux fins de contester la légalité d'une loi belge dans le cadre d'un contentieux objectif, la Cour confirme implicitement l'invocabilité d'exclusion des directives de l'Union. Reste à déplorer l'actuel manque de systématisation de la jurisprudence de la Cour dont on peine à trouver les éléments décisifs la conduisant à raisonner sur le terrain de l'effet direct ou de l'invocabilité d'exclusion¹¹²⁹. La formulation de la question posée par le

¹¹²¹ La Cour juge ainsi que « l'article 27 de la Charte, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive, telle que l'article L. 1111-3 du code du travail, est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la Charte ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale » : CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT*, C-176/12, pt. 51.

¹¹²² CJUE, Gde chbre, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, C-409/06, Rec. p. 8015, pt. 67.

¹¹²³ CJUE, Gde chbre, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, préc., pt. 28.

¹¹²⁴ CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.

¹¹²⁵ CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay contre Région Wallonne*, préc.

¹¹²⁶ Directive du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 85/337/CEE, JOCE, L 175, 5 juillet 1985, pp. 40-48.

¹¹²⁷ CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pt. 55.

¹¹²⁸ Eleanor SHARPSTON, 16 décembre 2010, conclusions sur CJCE, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09, Rec. p. I-3673, pt. 94.

¹¹²⁹ Olivier DUBOS évoque à ce propos un « *malaise dans l'invocabilité* », (« Chronique de jurisprudence – droit général de l'Union européenne (2008-2012) », *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 759-836 (838)).

juge *a quo* nous apparaît à l'heure actuelle constituer le facteur déterminant du choix de la Cour de fonder l'invocabilité de la règle unionaire sur le terrain de son effet direct ou de sa primauté lorsqu'est contestée la légalité d'un acte d'un État membre¹¹³⁰.

394. Il n'en reste pas moins que l'invocabilité d'exclusion est admise devant la Cour de justice à l'occasion des renvois préjudiciels en interprétation. Il n'en est pas de même dans les voies de droit permettant de contester la légalité des actes de l'Union européenne. Les justiciables ne peuvent en effet se prévaloir que de normes d'effet direct lorsqu'ils contestent la légalité interne des actes de l'Union, y compris au regard de normes de droit de l'Union d'origine interne.

2) La contestation de la légalité des actes de l'Union partiellement conditionnée à la complétude

395. Le régime de l'invocabilité du droit de l'Union contre les actes émis par les institutions de l'Union diffère selon qu'est alléguée son illégalité interne ou externe. Ces deux catégories de grief peuvent être soulevées à l'occasion d'un recours en annulation¹¹³¹ et d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité¹¹³².

396. La possibilité de contester la légalité interne (violation de la règle de droit et détournement de pouvoir) d'une règle de droit de l'Union européenne suppose que la norme

¹¹³⁰ La mise en perspective des affaires *Naturschutz Deutschland* et *Boxus et Roua* est à ce titre éloquent, puisque dans des hypothèses contentieuses analogues, la Cour choisit dans la première de se placer sur le terrain de l'effet direct, et dans la seconde sur celui de l'invocabilité d'éviction. À l'examen de ces deux factuellement semblables, la principale différence réside en ce que la juridiction allemande interroge la Cour sur l'effet direct de la norme de référence alors que la juridiction belge interroge simplement la Cour sur le bon respect par les autorités belges de leur marge d'appréciation, (CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc.; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.).

¹¹³¹ Au terme de l'article 263, alinéa 2 TFUE, « la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir ».

¹¹³² L'article 267 ne définit pas les moyens susceptibles d'être retenus dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. La Cour de justice s'est refusée à déduire de ce silence des Traités une limitation de sa compétence préjudicielle aux moyens de légalité externe, estimant au contraire que sa compétence « ne comporte aucune limite quant aux causes sur la base desquelles la validité de ces actes pourrait être contestée », (CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, *Rec.* p. I-3655, pt. 26 ; antérieurement, CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc., pt. 5). La juridiction de l'Union a en définitive décidé de prendre en considération tous les moyens dont un requérant peut se prévaloir à l'occasion d'un recours en annulation, (Jacques PERTEK, « Renvoi préjudiciel. Renvoi préjudiciel en appréciation de validité », *Jscf Europe- Traité*, n°362, 2010, pt. 8).

de référence invoquée soit d'effet direct (a). Au contraire, si c'est la compétence de l'autorité normative qui a édicté l'acte qui est mise en cause, il n'est pas exigé que la règle invoquée présente une telle propriété (b).

a) L'invocabilité attachée par principe à la complétude

397. Tim corthaut et Koen Lenaerts ont expliqué que « *it is generally accepted that in case of judicial review at Community level there is no need for direct effect* »¹¹³³. À l'examen de la jurisprudence, cette analyse, partagée par certains membres de la doctrine¹¹³⁴, appelle quelques nuances.

398. En réalité, la Cour ne reconnaît pas aux requérants individuels le bénéfice de l'invocabilité d'exclusion lorsqu'ils contestent la légalité interne d'un acte communautaire à l'occasion d'un recours en annulation. Une personne privée n'est ainsi pas admise à se prévaloir de l'article 13 du TCE [actuel 19 du TFUE], érigeant la lutte contre les discriminations à raison de l'âge en objectif de l'Union européenne¹¹³⁵, et dépourvu d'effet direct, pour obtenir l'annulation de la décision refusant de l'autoriser à passer une concours de la fonction publique communautaire en raison de son âge¹¹³⁶. Le tribunal de l'Union juge ainsi que le droit primaire confie au Conseil le pouvoir d'adopter les actes juridiques relatifs à la lutte contre les discriminations à raison de l'âge. En conséquence, l'application de l'article 13

¹¹³³ Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 297. Traduction : « il est en général admis que dans le contrôle de la légalité des actes communautaires l'effet direct n'est pas une nécessité ».

¹¹³⁴ Flavien MARIATTE et Dominique RITLÉNG étendent cette analyse à l'exception d'illégalité, et affirment ne pas concevoir « *comment la doctrine de l'effet direct, et plus particulièrement la faculté pour une personne physique ou morale de se prévaloir d'une norme répondant aux caractéristiques pour l'invoquer devant le juge national pourrait exercer une quelconque influence sur l'admissibilité d'une exception d'illégalité devant le juge communautaire* », (*Contentieux de l'Union européenne. 1 : Annulation, exception d'illégalité*, Paris, Lamy, 2011, pp. 346-347).

¹¹³⁵ L'article 13 TCE, alinéa 1 [actuel article 19, alinéa 1 TFUE] dispose que « *[..L]e Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. 2. Par dérogation au paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent adopter les principes de base des mesures d'encouragement de l'Union, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1* ». Une lecture combinée des alinéas 1 et 2 de cette disposition permet donc d'affirmer que l'article 13 TCE assimile la lutte contre les discriminations à raison de l'âge à un objectif poursuivi par l'Union européenne, pour la réalisation duquel les institutions sont habilitées à édicter des actes de droit dérivé.

¹¹³⁶ TPICE, 28 octobre 2004, *Lutz Herrera contre Commission*, T-219/02 et 337/02, *Rec. p. II-1407*.

du TCE était désignée comme étant suspendue à l'édiction d'un acte juridique du Conseil, à défaut duquel cette disposition, non directement applicable, ne pouvait être invoquée devant le Tribunal¹¹³⁷. Cette solution ne laisse pas de surprendre au regard de la justiciabilité conférée peu après par la Cour au principe général du droit de prohibition à raison de l'âge dans les deux renvois préjudiciels en interprétation *Mangold*¹¹³⁸ et *Kücükdeveci*¹¹³⁹. L'identité matérielle de ces deux normes plaide ainsi pour une invocabilité équivalente. Il apparaît en définitive que la juridiction de l'Union applique plus aisément l'argument du défaut de justiciabilité lorsqu'un acte juridique d'un État membre est contesté que lorsqu'est alléguée l'illégalité d'un acte de l'Union.

399. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal de l'Union a jugé qu'un requérant ne pouvait utilement faire état de l'obligation de transmission des documents officiels posée par l'article 255 du TCE [actuel article 15 du TFUE]¹¹⁴⁰, afin d'obtenir l'annulation d'une décision lui refusant l'accès à des documents détenus par la banque centrale européenne. L'invocabilité de cette disposition a été récusée, dans la mesure où celle-ci « *n'est pas inconditionnelle et que sa mise en œuvre dépend de l'adoption de mesures ultérieures* »¹¹⁴¹. Le requérant s'appuyait également sur l'article 1^{er}, deuxième alinéa du TUE [inchangé], selon lequel l'Union est une entité « *dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe*

¹¹³⁷ L'arrêt du Tribunal, non traduit, est rédigé en ces termes: « *Por último, en relación con las alegaciones basadas en el artículo 13 CE, [...], el Tratado confiere al Consejo la facultad de adoptar, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, actos jurídicos con objeto de luchar contra las discriminaciones por motivos de edad. En consecuencia, puesto que la aplicación de esta disposición está supeditada a la adopción previa de un acto positivo por el Consejo, no cabe afirmar que la demandante pueda deducir de ella un derecho directamente aplicable que pueda invocarse ante el órgano jurisdiccional comunitario* » : TPICE, 28 octobre 2004, *Lutz Herrera contre Commission*, préc. Traduction : « en dernier lieu, concernant les allégations fondées sur la violation de l'article 13 du TCE [...], le Traité confie au Conseil le pouvoir d'adopter, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, des actes juridiques dont l'objet est la lutte contre les discriminations en raison de l'âge. Par conséquent, puisque l'application de cette disposition est suspendue à l'adoption préalable d'un acte complémentaire par le Conseil, on ne peut pas affirmer que la requérante puisse tirer de celle-ci un droit directement applicable susceptible d'être invoqué devant l'organe juridictionnel communautaire ».

¹¹³⁸ CJCE, Gde chbre, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, préc.

¹¹³⁹ CJUE, Gde chbre, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, préc.

¹¹⁴⁰ L'article 255 TCE dispose que « [t]out citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, sous réserve des principes et des conditions qui seront fixés conformément aux paragraphes 2 et 3. 2. Les principes généraux et les limites qui, pour des raisons d'intérêt public ou privé, régissent l'exercice de ce droit d'accès aux documents sont fixés par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. 3. Chaque institution visée ci-dessus élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents ».

¹¹⁴¹ TPICE, 11 décembre 2001, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni et autres contre Commission des Communautés européennes*, T-191/99, Rec. p. II-3677, pts. 34-37; V. aussi, TPICE, 27 novembre 2007, *Athanasios Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne*, T-3/00 et T-337/04, Rec. p. II-4779, ps. 214.

d'ouverture et le plus près possible des citoyens », pour que l'accès aux documents détenus par la banque centrale européenne lui soit garanti. Le Tribunal lui opposa que cet article « est dépourvu d'effet direct, la disposition en cause n'étant pas considérée comme "claire" au sens de l'arrêt de la Cour du 5 février 1963, *Van Gend en Loos* »¹¹⁴². L'effet direct, traditionnellement analysé comme une propriété des normes unionnaires offrant aux personnes privées le droit de s'en prévaloir devant les juridictions des États membres, est ici désigné comme une propriété des normes unionnaires qui offre aux personnes privées le droit de s'en prévaloir devant le Tribunal pour contester la légalité des actes émis par les institutions de l'Union. L'invocabilité du droit de l'Union d'origine interne dans le contrôle de la légalité des actes émis par les institutions de l'Union se trouve donc soumis au filtre de l'effet direct.

400. Le refus opposé par le Tribunal à la transposition au recours en annulation de la jurisprudence *Berthe Linster* peut s'expliquer par la dimension subjective de cette voie de droit. L'objet de cette action réside en la sauvegarde des droits lésés des individus et non en la seule préservation de la légalité de l'Union¹¹⁴³. Le refus de la Cour de consacrer l'invocabilité d'exclusion du droit de l'Union d'origine interne ou internationale s'avèrerait plus critiquable dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité¹¹⁴⁴, qui présente en revanche toutes les caractéristiques d'une procédure objective¹¹⁴⁵.

b) L'invocabilité détachée de la complétude dans le contrôle du vice de compétence

401. Les personnes privées ne se heurtent pas au même rempart de l'effet direct lorsqu'elles contestent la légalité externe des règles de droit de l'Union européenne¹¹⁴⁶. En cette

¹¹⁴² TPICE, 27 novembre 2007, *Athanasios Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne*, préc., pt. 216.

¹¹⁴³ Pour une présentation des justifications de l'exigence de l'effet direct dans le cadre du recours en annulation, envisagé comme une procédure subjective, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 1, § 2.

¹¹⁴⁴ Hors les hypothèses spécifiques nées des jurisprudences *FEDIOL et Nakajima*, in CJCE, 22 juin 1989, *Federation de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, préc. ; CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, C-69/89, préc.

¹¹⁴⁵ Pour une présentation de l'objectivité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 2.

¹¹⁴⁶ Au contraire de la violation des formes substantielles, très souvent accueillie par la Cour, le vice de compétence reste un moyen marginal dans le cadre du recours en annulation sur saisine individuelle, (Flavien MARIATTE, Dominique RITLÉNG, *Contentieux de l'Union européenne. I : Annulation, exception d'illégalité, op. cit.*, pp. 196-197). Dans la mesure où les requérants ordinaires restent par principe irrecevables à agir contre les actes de portée générale, dont le contrôle est d'une importance cruciale pour veiller au bon respect de la répartition des compétences, ce contentieux demeurera à dominante interinstitutionnelle, (Frédérique BERROD,

hypothèse, les requérants individuels sont amenés à se prévaloir de normes investissant les institutions de compétences normatives qui, par nature, n'ont pas vocation à créer des droits à leur bénéfice. Une norme qui investit une autorité publique d'un pouvoir n'a pas pour effet incident de générer des droits dans le patrimoine juridique des personnes privées ; elle n'a par conséquent pas vocation à produire un effet direct¹¹⁴⁷.

402. Toutefois, René Capitant a su démontrer qu'une règle de compétence a bien comme destinataires indirects « *telles personnes (à l'adresse de qui l'organe est compétent pour édicter une règle de droit) [qui] devront obéir à la règle édictée par l'organe compétent* »¹¹⁴⁸. Ce devoir d'obéissance, qui pèse sur les destinataires des normes édictées par l'institution habilitée par la règle de compétence, a été pris en considération par la Cour, qui en a par suite simplifié l'invocabilité. C'est ainsi que les requérants ordinaires peuvent utilement faire valoir le fait que ces règles de compétence ont été méconnues, alors mêmes qu'elles ne sont pas d'effet direct. De sorte que les personnes privées peuvent contester la validité de la norme dont elles sont destinataires sur le fondement du vice de compétence de l'autorité qui l'a édicté.

403. Dans l'affaire *ABNA*, la Cour de justice a autorisé certains fabricants d'aliments composés pour animaux ou des représentants de cette industrie à contester la légalité externe de l'article 1 de la directive 2002/2 règlementant l'étiquetage d'aliments pour animaux d'origine végétale¹¹⁴⁹ sur le fondement de l'article 152, paragraphe 4 du TCE [actuel 168, paragraphe 4 du TFUE]¹¹⁵⁰ qui permettait l'adoption de mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé

La systématique des voies de droit communautaire, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, pp. 212-213). C'est donc à la faveur de renvois préjudiciels en appréciation de validité que la juridiction de l'Union se trouve appelée par des personnes privées à connaître de moyens tenant à l'illégalité externe des actes émis par les institutions de l'Union.

¹¹⁴⁷ Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusion sur CJCE, 3 *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 66.

¹¹⁴⁸ René CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris, thèse de doctorat, librairie dalloz, 1928, p. 88.

¹¹⁴⁹ Directive 2002/2/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2002, modifiant la directive 79/373/CEE du Conseil concernant la circulation des aliments composés pour animaux et abrogeant la directive 91/357/CEE de la Commission, *JOCE*, L 63, p. 23.

¹¹⁵⁰ L'article 152, paragraphe 4, b) TCE dispose que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, contribuent à la réalisation des objectifs visés au présent article en adoptant, afin de faire face aux enjeux communs de sécurité : [...] b) des mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique* ».

publique¹¹⁵¹. Selon les requérants, l'étiquetage des produits en cause ne participait pas à la protection de la Santé publique. Si bien que, de leur point de vue, les institutions de l'Union n'étaient pas investies du pouvoir d'édicter cette directive par l'article 152, paragraphe 4 du TCE. La Cour a alors admis l'invocabilité d'exclusion de l'article 152, paragraphe 4, règle de compétence pourtant trop imprécise pour produire un effet direct. Toutefois la Cour de justice ne retient pas ce moyen comme motif d'invalidité de l'acte attaqué, estimant que les « dispositions de la directive 2002/2, contestées dans les affaires au principal, sont susceptibles de contribuer directement à la poursuite de l'objectif de protection de la santé publique »¹¹⁵². Le régime de l'invocabilité des règles attributives de compétence est donc marqué par une singularité dans la mesure où les personnes privées peuvent utilement faire état de leur violation alors même qu'elles sont par essence conditionnelles, dans la mesure où elles appellent l'édiction d'un acte de concrétisation pour atteindre la situation juridique des personnes privées.

404. Hors l'hypothèse de la contestation de la légalité interne des actes communautaires par les requérants individuels, le mariage de la force obligatoire avec la justiciabilité est donc acté lorsque sont invoquées des normes constitutionnelle et communautaire. Denis Alland affirmait à ce propos que « la jurisprudence sur les directives est un laboratoire exceptionnel pour les questions de l'effet direct et de l'invocabilité »¹¹⁵³. Cette remarque pourrait aujourd'hui être étendue à la jurisprudence relative à l'invocabilité du droit constitutionnel. Mais force est de constater que le travail accompli dans ces laboratoires n'a pas suffi à convaincre le Conseil d'État et la Cour de justice de l'opportunité de dissocier le lien unissant l'invocabilité à la complétude. Associer la justiciabilité des règles conventionnelles à leur force obligatoire n'en reste pas moins une nécessité dans le contentieux de la légalité, dans la mesure où leur primauté sur les règles législatives et infra-législatives appelle la sanction juridictionnelle des violations des obligations qu'elles imposent à la France et à l'Union.

¹¹⁵¹ CJCE, Gde chbre, 6 décembre 2005, *ABNA Ltd, Denis Brinicombe, BOCM Pauls Ltd, Devenish Nutrition Ltd, Nutrition Services (International) Ltd, Primary Diets Ltd contre Secretary of State for Health, Food Standards Agency*, C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.* p. I-10423, pts. 52-54; V. également, CJCE, Gde chbre, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB et Swedish Match UK Ltd contre Secretary of State for Health*, C-210-03, *Rec.* p. I-11893.

¹¹⁵² CJCE, Gde chbre, 6 décembre 2005, *ABNA Ltd, Denis Brinicombe, BOCM Pauls Ltd, Devenish Nutrition Ltd, Nutrition Services (International) Ltd, Primary Diets Ltd contre Secretary of State for Health, Food Standards Agency*, préc., pt. 60.

¹¹⁵³ Denis ALLAND, « L'application du droit international considéré du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame ? », préc., p. 220.

§ 2. La complétude : facteur de reconnaissance de la force obligatoire du droit d'origine internationale

405. La Cour de justice et le Conseil d'État n'ont jamais saisi les opportunités qui leur ont été offertes d'aligner le régime de l'invocabilité du droit d'origine internationale sur celui du droit d'origine interne. Ces juridictions ont ainsi refusé d'élever les règles imprécises d'origine internationale au rang de norme de référence du contrôle de légalité. Le bien-fondé de ces solutions comparables adoptées par les juridictions de Paris et Luxembourg ne peut toutefois pas être évalué de la même manière. La mise en perspective des solutions adoptées par ces juridictions concernant l'invocabilité des règles d'origines interne et internationale permet d'apprécier dans quelle mesure l'injusticiabilité des normes conventionnelles incomplètes est en cohérence avec la théorie générale de l'invocabilité des règles qui composent l'ordre juridique dont elles relèvent. À ce titre, nous avons vu que l'invocabilité du droit d'origine interne de l'Union reste résiduellement régulée par l'effet direct devant la Cour de justice. De sorte que la subordination de l'invocabilité du droit conventionnel à son inconditionnalité pourrait s'expliquer comme le produit d'une politique jurisprudentielle de la Cour qui attache de longue date l'invocabilité à l'effet direct, quelle que soit la nature de la norme invoquée devant son prétoire.

406. L'invocabilité simplifiée récemment attribuée par la Cour au droit coutumier empêche toutefois de considérer sa jurisprudence comme étant cohérente, dans la mesure où la précision conditionne l'invocabilité du droit conventionnel, mais non du droit coutumier international. Cela emporte pour conséquence que la codification d'une règle coutumière dans une convention internationale nuit à son invocabilité (B). L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État témoigne quant à elle d'un abandon progressif de la subordination à l'effet direct de l'invocabilité du droit d'origine interne. L'exigence de la complétude du droit conventionnel ne peut alors pas se justifier, dès lors qu'elle n'est motivée que par son origine internationale (A).

A. La dilution du caractère obligatoire du droit conventionnel incomplet par le Conseil d'État français

407. Devant le Conseil d'État, la norme qui « *n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin* »¹¹⁵⁴ n'est pas d'effet direct. Autrement dit, la norme d'origine internationale doit présenter un certain degré de précision pour que sa méconnaissance par un acte juridique étatique puisse être sanctionnée par le juge administratif dans le contentieux de la légalité. De sorte que le Conseil d'État prive la norme conventionnelle imprécise de l'invocabilité d'exclusion qu'elle a pourtant conférée aux prescriptions constitutionnelle¹¹⁵⁵ et unionaire¹¹⁵⁶ souffrant de la même indétermination. Il est vrai qu'une telle exigence a pu s'expliquer un temps, lorsque le lien entre complétude et invocabilité était coutumier aux raisonnements des juridictions de droit public français¹¹⁵⁷. Pour justifier la solution adoptée lors de l'arrêt *GISTI* de 1997, les chroniqueurs Chauvaux et Girardot observaient que « *le Conseil d'État a développé une jurisprudence [...] qui l'a conduit à affirmer que certains principes énoncés par le Préambule de 1946 "ne s'imposaient au pouvoir réglementaire que dans les conditions et limites contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français"* »¹¹⁵⁸. Le lien aujourd'hui tissé entre force obligatoire et invocabilité d'exclusion des règles constitutionnelles et unionaires ne permet pas de reconduire cette analyse. L'effacement de la subordination de l'invocabilité de ces normes à leur effet direct donne davantage d'acuité aux arguments des rapporteurs

¹¹⁵⁴ CE, 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, préc. En l'occurrence, l'article 5 de la Convention d'extradition franco-grenadine se voit opposé un défaut d'effet direct.

¹¹⁵⁵ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc. ; CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, préc. ; Cons. const., 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, préc., pts. 21 et 50 ; Cons. const., 13 juillet 2012, *France nature environnement*, préc.

¹¹⁵⁶ Pour l'exception d'illégalité d'une loi : CE, ass, 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, préc. ; pour l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire : CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc. ; pour l'exception d'illégalité d'une règle jurisprudentielle, CE, ass. 6 février 1998, *Tête*, préc. Le Conseil d'État français ne n'est pas encore prononcé explicitement sur la question du de la dissociation du couple invocabilité/ effet direct concernant le droit primaire, aussi convient-il de préciser qu'il demeure « *un doute résiduel quant à sa pleine adhésion à l'invocabilité sans effet direct des normes communautaires autres que les directives* », (Marie GAUTIER, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 241).

¹¹⁵⁷ Hélène TIGROUDJA se référait ainsi à « *l'appréciation que le Conseil constitutionnel réserve, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité, aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1946, constituant une "directive à l'usage des gouvernants"* », (« Le juge administratif et l'effet des engagements internationaux », préc., p. 157).

¹¹⁵⁸ Didier CHAUVAUX, Thierry-Xavier GIRARDOT, « Les clauses d'un traité international dépourvues d'effet direct ne peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 435-444 (438).

publics Ronny Abraham¹¹⁵⁹ et Gaëlle Dumortier¹¹⁶⁰ qui, à 15 ans d'intervalles, cherchèrent à convaincre l'assemblée du contentieux de l'illogisme de la jurisprudence *Garcia Henriquez*¹¹⁶¹. La force obligatoire et le rang hiérarchique des prescriptions conventionnelles, même imprécises, font qu'elles devraient être opposables à toutes les autorités publiques, exception faite de l'autorité constituante¹¹⁶².

408. Les conclusions des rapporteurs publics Ronny Abraham et Gaëlle Dumortier qui tendaient respectivement à aligner le régime de l'invocabilité du droit conventionnel sur celui des directives (1) et sur celui du droit constitutionnel (2) n'ont pourtant pas jusqu'ici convaincu les formations de jugement les plus solennelles du Conseil d'État. Cette réticence de la très haute juridiction administrative à admettre l'invocabilité des règles conventionnelles imprécises expose la responsabilité de l'État français qui peut être engagée en raison de leur violation (3).

1) Le refus justifié de transposer le régime d'invocabilité des directives

409. Dans ses conclusions fondatrices, Ronny Abraham reconnaissait bien volontiers qu'« une norme vague ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel »¹¹⁶³. Mais le Commissaire du gouvernement refusait d'en déduire une quelconque nécessité de priver la violation des obligations qu'elle imposait à l'État de toute conséquence juridique. Sa démonstration était marquée par une volonté de calquer le régime de l'invocabilité du droit conventionnel sur celui des directives communautaires. Il est ainsi fait référence à l'obligation qui pèse sur l'État et en vertu du traité « de mettre sa législation et sa réglementation en accord avec les objectifs définis par celui-ci »¹¹⁶⁴. Le choix de la sémantique n'est bien sûr

¹¹⁵⁹ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

¹¹⁶⁰ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc., pp. 547-559.

¹¹⁶¹ CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, *Leb.* p. 71.

¹¹⁶² Les normes conventionnelles sont en effet infra-constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil d'État français : CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher e.a.*, *Leb.* p. 368.

¹¹⁶³ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 593

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

pas ici le fruit du hasard, il est de jurisprudence constante que « *tout justiciable peut [...] demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives* »¹¹⁶⁵. Ronny Abraham appelait alors tacitement les juges du Palais Royal à calquer le régime de l'invocabilité du droit conventionnel sur celui des directives de l'Union. Il est vrai que le régime de l'invocabilité des directives présente pour principale vertu une singulière flexibilité ouvrant la voie à cette dissociation des notions d'effet direct et d'invocabilité¹¹⁶⁶ qui fait toujours défaut au droit international général.

410. La section du contentieux du Conseil d'État était alors invitée à conférer un effet d'exclusion au droit conventionnel sur le fondement du caractère obligatoire qu'il retire de « *sa normativité* », et qui le distingue de la simple « *déclaration d'intention politique* »¹¹⁶⁷. Cet argumentaire prend encore davantage de relief si l'on admet que ce à quoi donne effet le juge appelé à appliquer du droit d'origine internationale est une prescription formellement interne qui ne se distingue pas qualitativement de ses homologues d'origine interne¹¹⁶⁸. L'assemblée du contentieux se refusa toutefois de donner droit à l'argumentaire du Commissaire du gouvernement et jugea que les articles 24-1, 26-1 et 27-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui « *ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoqués à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision individuelle ou réglementaire* »¹¹⁶⁹. Même si la solution adoptée par le Conseil d'État doit être déplorée, on remarque que le régime de l'invocabilité

¹¹⁶⁵ CE, ass., 30 octobre 2009, *Madame Perreux*, préc. ; la référence aux objectifs des directives est systématique lorsqu'est examinée la conformité des actes impersonnels étatiques à celles-ci : CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc. ; CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, préc. ; CE, ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc.

¹¹⁶⁶ Rostane MEHDI, « *Ordre juridique communautaire. Effet direct* », *Jsc. Europe-Traité*, fascicule n° 195, 2007, pt. 65.

¹¹⁶⁷ Ronny ABRAHAM, « *Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant* », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 593.

¹¹⁶⁸ Pour une présentation de la nature interne du droit d'origine internationale, V. *supra* Introduction, I, A : *de la nature interne du droit d'origine internationale* ; et la doctrine citée, notamment Jean COMBACAU, « *Conclusions* », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, op. cit., pp. 85-93 (89) ; Denis ALLAND, « *Le juge français et le droit d'origine internationale* », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du conseil Constitutionnel et du Conseil d'État, droit international et relations internationales*, op. cit., p. 55 ; Carlo SANTULLI, *le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 87.

¹¹⁶⁹ CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, préc.

d'exclusion des directives, que nous avons dit fondée sur la volonté la garantie leur effet utile¹¹⁷⁰, pouvait difficilement être étendu au droit conventionnel.

411. Du point de vue de l'ordre juridique d'origine de la norme conventionnelle, deux éléments entravent l'alignement du régime de son invocabilité sur celui s'appliquant aux directives de l'Union. D'une part, le principe de l'effet utile qui a été employé par la Cour de justice pour admettre l'invocabilité d'exclusion des directives n'a pas d'équivalent en droit international¹¹⁷¹. Ce principe « *indissociable du principe de coopération loyale* »¹¹⁷², combiné à l'obligation de transposer des directives de l'Union, imposée par l'article 288 du TFUE, contraint les juridictions nationales de donner effet à la primauté de ces actes de droit dérivé, en laissant inappliquées les normes étatiques qui leur sont incompatibles¹¹⁷³. Le principe de coopération loyale constitue également un fondement de l'obligation faite aux juridictions nationales de sanctionner les violations du droit primaire de l'Union. Eleftheria Neframi a observé à cet égard que la jurisprudence de la Cour « *constate [...] l'infraction à l'article 10 TCE [actuel article 4, paragraphe 3 du TUE]* » qui dispose qu'en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités, « *lors de la constatation de l'infraction d'une obligation précise découlant du traité communautaire ou du droit dérivé* »¹¹⁷⁴. Or, il s'avère malaisé d'affirmer que la conclusion d'un accord international contraint les organes juridictionnels des parties contractantes à laisser inappliquées les règles nationales qui le

¹¹⁷⁰ Pour une analyse exhaustive des fondements de l'invocabilité d'exclusion des directives, V. *Supra*, cette Section, § 1, B, 1).

¹¹⁷¹ CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc., pt. 32 ; CJCE, 15 avril 2008, *Impact contre Minister for Agriculture and Food et autres*, préc., pt. 91 ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc., pt. 53.

¹¹⁷² José Luís DA CRUZ VILAÇA, « Le principe d'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, (dir.), *La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., pp. 279-306 (280). Eleftheria NEFRAMI avance que le principe de primauté du droit de l'Union lui-même est fondé sur le principe de loyauté, en écrivant que « *le principe de primauté n'est qu'une concrétisation, au niveau du conflit de normes, du devoir de loyauté qui régit le rapport des ordres juridiques* » de l'Union et des États membres, (« À propos du principe de primauté », in *Le Traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, op. cit., p. 203).

¹¹⁷³ En principe, la Cour de justice n'oblige pas les juridictions nationales à accorder aux personnes privées le droit d'invoquer une directive pour contester la légalité d'un acte étatique avant l'échéance du délai de transposition : CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public contre Tullio Ratti*, préc. Mais la condition de l'épuisement du délai de transposition ne s'applique pas lorsqu'un État adopte des mesures qui sont de nature à compromettre sérieusement les résultats poursuivis par la directive : CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, Rec. p. I-7411, pts. 43-50.

¹¹⁷⁴ Eleftheria NEFRAMI, « À propos du principe de primauté », in *Le Traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, op. cit., p. 204.

contrariant¹¹⁷⁵. En vertu du principe *pacta sunt servanda*, le droit conventionnel général crée certes des obligations internationales que les États sont tenus de ne pas violer, sous peine de voir leur responsabilité internationale engagée. Mais, il n'existe pas de principe du droit international qui attribue aux personnes privées le droit d'alléguer leur violation devant les juridictions internes. Ce droit est en outre indifférent à la nature de la norme – interne ou internationale – sur laquelle le juge national s'appuie pour garantir le respect de l'obligation conventionnelle¹¹⁷⁶. Cela ne signifie pas que les autorités publiques des parties contractantes ne sont pas liées par ces obligations dans leur ordre juridique interne, car elles le sont, mais seulement selon les termes définis par leur constitution. De sorte que les justiciables ne peuvent en tout état de cause pas faire appel à un succédané du principe communautaire d'effet utile pour fonder le droit d'obtenir la sanction juridictionnelle de leur violation. L'ordre juridique d'origine de la norme internationale ne comportant nulle exigence d'efficacité des normes leur donnant effet dans les ordres juridiques internes, il faut se résoudre à n'y point trouver le soutien de son invocabilité.

412. D'autre part, le droit de l'Union européenne est un droit de l'intégration. L'office des juridictions nationales des États membres se trouve ainsi sous la tutelle de la Cour de justice dans le champ d'application du droit de l'Union, ce qui les prive du pouvoir de donner effet aux règles unionnaires. Appelée à appliquer une règle unionnaire, la très haute juridiction administrative est tenue de respecter l'autorité de chose jugée des arrêts de la Cour de justice de l'Union, ainsi que d'opérer en certaines circonstances des renvois préjudiciels portant sur l'interprétation du droit de l'Union¹¹⁷⁷. Le Conseil d'État français bénéficie donc d'une liberté lorsqu'il statue sur l'invocabilité du droit d'origine internationale dont il n'est au contraire pas titulaire lorsqu'il est appelé à appliquer une directive de l'Union. Et il se saisit de cette liberté pour soustraire les autorités publiques à l'obligation de respecter les nombreuses règles conventionnelles auxquelles il ne reconnaît pas d'effet direct.

¹¹⁷⁵ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, Vanessa RICHARD, « L'efficacité des normes internationales : quelles spécificités ? Illustrations à propos du droit international de l'environnement », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, op. cit.*, pp. 233-252 (235).

¹¹⁷⁶ André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law, op. cit.*, p. 125.

¹¹⁷⁷ Aux termes de l'article 267, alinéa 3 TFUE, lorsqu'une question d'interprétation ou d'appréciation de validité du droit de l'Union « 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 » ; cette obligation trouve pour limite la théorie de l'acte clair, admise par la Cour : CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la santé*, 283/81, *Rec.* p. 3415.

413. Du point de vue de l'ordre juridique français, une telle assimilation des régimes d'invocabilité paraît également de plus en plus difficile. Une précédente analyse a permis de mettre en évidence que le Conseil d'État asseyait l'invocabilité d'exclusion du droit de l'Union sur le principe d'effectivité du droit de l'Union depuis son arrêt *FSSC* de 2012¹¹⁷⁸. Ce principe « implique que les autorités étatiques, dans le cadre de leur autonomie procédurale, aient l'obligation d'assurer le plein effet du droit communautaire. Cela a pour conséquence l'encadrement du juge national dans l'exercice de sa compétence d'exécution »¹¹⁷⁹. Or, le principe d'effectivité n'a pas d'équivalent dans le droit international général qui n'encadre pas l'autonomie procédurale des États parties aux accords internationaux. Le juge administratif français peut en conséquence se référer à la nature purement unionaire de la base juridique qu'il emploie pour accorder l'invocabilité d'exclusion aux directives, pour écarter la possibilité d'étendre ce régime d'invocabilité au droit conventionnel international.

414. Il paraissait donc difficile de définir le régime de l'invocabilité du droit conventionnel sur le modèle de celui créé pour les directives. La solution *GISTI* n'en fut pas moins critiquée en doctrine en ce qu'elle vidait le droit conventionnel dépourvu d'effet direct de son caractère obligatoire¹¹⁸⁰ et détachait la violation de sa primauté de toute sanction juridictionnelle. Aussi la question fut de nouveau soumise à l'assemblée du contentieux lorsque le *GISTI* contesta la légalité d'un décret, conditionnant le droit au logement décent à une condition de résidence permanent sur le territoire français, sur le fondement du principe de non discrimination entre nationaux et étrangers en matière de logement consacré par l'article 6, alinéa 1 de la convention internationale du travail n°97¹¹⁸¹. Le Rapporteur public Gaëlle Dumortier s'affecta alors la délicate tâche de convaincre de l'illogisme du lien entre invocabilité et complétude,

¹¹⁷⁸ CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, préc. Pour une analyse exhaustive des fondements de l'invocabilité d'exclusion retenus par le Conseil d'État, V. *supra*, Ce paragraphe, A, 2), a), i).

¹¹⁷⁹ Elefthéria NEFRAMI, « À propos du principe de primauté », in *Le Traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, Bruxelles, *op. cit.*, p. 211. Le principe d'effectivité traduit selon l'auteur « une primauté structurelle », qui « régit, au-delà du rapport des normes, le rapport des ordres juridiques », (*ibid.*).

¹¹⁸⁰ Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet des engagements internationaux », préc. ; mais aussi en filigrane des conclusions du commissaire du gouvernement Yann AGUILA sur *Commune d'Annecy* qui reprend l'argumentaire de Ronny Abraham pour obtenir l'invocabilité d'éviction de la Charte de l'environnement, (« L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc.).

¹¹⁸¹ Convention (n°97) sur les travailleurs migrants, adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952, et pour la France le 7 août 1955 : décret n°54-794 du 4 août 1954 portant publication de la Convention internationale du travail n° 97 concernant les travailleurs migrants, adoptée par la Conférence internationale du travail dans sa trente-deuxième session, tenue à Genève du 3 juin au 2 juillet 1949, préc.

sans limiter son exercice à une reprise pure et simple des conclusions de son prédécesseur Ronny Abraham.

2) Le refus illogique de transposer le régime d'invocabilité du droit d'origine interne

415. Constatant que l'argumentaire visant à calquer le traitement du droit conventionnel sur celui des directives n'avait pas emporté l'assentiment de la section du contentieux dans l'arrêt *GISTI* de 1997, le Rapporteur public Gaëlle Dumortier a averti les juges qu'il n'était pas question pour elle d'« aligner à partir d'aujourd'hui votre contrôle de conventionnalité des lois et règlements sur celui que vous opérez sur leur compatibilité avec les objectifs des directives communautaires. Non qu'il vous soit interdit de puiser des solutions dans ce passionnant laboratoire mais parce qu'en matière de conventionnalité de droit commun, vous êtes la plupart du temps seul maître à bord. Personne ne vous emmènera là où vous ne voudriez pas aller »¹¹⁸². De toute évidence, le Rapporteur public souhaitait opposer la marge d'appréciation dont est titulaire le juge français appelé à appliquer le droit conventionnel aux contraintes encadrant son office lorsqu'appelé à appliquer le droit de l'Union, il est tenu par le respect de l'autorité de chose jugée de la Cour de justice de l'Union et ses obligations de renvoi¹¹⁸³. L'intention était donc de modérer les inquiétudes suscitées par les incidences pratiques potentielles de la reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion des accords internationaux qui ne présentent pas le caractère d'un droit intégré.

416. Mais le régime de l'invocabilité du droit conventionnel aurait pu reprendre les logiques définies dans le laboratoire du droit constitutionnel interne. Yann Aguila a noté que le droit conventionnel « a, dans l'ordre interne, "force de loi", selon la formule de la Constitution de 1946 »¹¹⁸⁴. Si ce droit conventionnel est partie intégrante des règles de droit – ayant force de loi – auxquelles les autorités normatives sont tenues de se subordonner, il n'apparaît pas justifié de lui réserver un régime d'invocabilité restrictif, distinct de celui défini pour les autres sources du droit interne dans le contentieux de la légalité. Il est à cet égard quelque peu regrettable que la jurisprudence relative au droit constitutionnel dépourvu d'effet

¹¹⁸² Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc., p. 557.

¹¹⁸³ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la santé*, préc.

¹¹⁸⁴ Yann AGUILA, « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », préc., p. 730.

direct¹¹⁸⁵ n'ait pas davantage été sollicitée pour appuyer l'opportunité d'abandonner le critère de la complétude, aux fins d'harmoniser le régime de l'invocabilité des différentes sources du droit interne. L'invocabilité du droit constitutionnel est en effet attachée depuis l'arrêt *Commune d'Annecy*¹¹⁸⁶ à sa valeur constitutionnelle, c'est-à-dire à son rang hiérarchique suprême dans l'ordre juridique français. De sorte qu'il n'apparaît pas incongru d'attacher à la primauté du droit conventionnel son invocabilité pour contester la légalité des actes législatifs et infra-législatifs internes, puisque « *la généralité d'une norme juridique quelle qu'elle soit n'a jamais fait obstacle à la confrontation d'une norme inférieure avec une norme supérieure. Il y a beaucoup de dispositions constitutionnelles très vagues dans la Constitution mais le Conseil constitutionnel est toujours à même de vérifier que la loi ne méconnaît pas les dispositions constitutionnelles* »¹¹⁸⁷.

417. Jean Matringe a précisé le caractère superfétatoire, du point de vue du droit constitutionnel, de la conditionnalité d'effet direct dans l'ordre juridique français, en indiquant que « *l'article 55 de la Constitution relatif aux effets en droit français des engagements conventionnels ne pose à aucun moment comme condition de la "primauté" de ceux-ci sur les lois internes leur effet direct, ce que conduit pourtant à poser la doctrine sous examen puisqu'elle permet d'empêcher un justiciable d'invoquer cette primauté pour certains traités* »¹¹⁸⁸. La conditionnalité d'effet direct se justifie à l'inverse dans un système constitutionnel, tel le Royaume de Pays-Bas, dans lequel la force obligatoire des traités dans

¹¹⁸⁵ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc. ; CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, préc.

¹¹⁸⁶ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc.

¹¹⁸⁷ Ronny ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, préc., p. 270.

¹¹⁸⁸ Jean MATRINGE, « Note sous Conseil d'État, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)* », préc., p. 942 ; l'idée est également développée par Ramses WESSEL selon qui Le défaut d'effet direct d'une règle internationale ne lui retire pas son caractère obligatoire et ne soustrait pas les autorités politiques qui y ont consenti à l'impératif de s'y conformer : « *it would be difficult to argue that [...] the absence of direct effect denies the "binding force" of international agreement in the international legal order. It would imply that state and union institutions would have a duty under international law to live up their obligations, irrespective of the status of the agreements in their own legal order. The question of hierarchy may thus also emerge in the absence of direct effect* », (« Reconsidering the relationship between international and EU law : towards a content-based approach? », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 7-33 (21)). Traduction : « Il est difficile de soutenir que [...] l'absence d'effet direct soustrait leur "force obligatoire" aux accords internationaux dans l'ordre juridique international. Cela implique que les institutions de l'Union et des États membres ont une obligation internationale de se conformer à leurs obligations, quel que soit le statut des accords internationaux dans leur propre ordre juridique. La problématique de la hiérarchie pourrait alors émerger même en l'absence d'effet direct ».

l'ordre interne est constitutionnellement conditionnée à sa complétude¹¹⁸⁹. Tel n'est pas le cas dans l'ordre juridique français. Aussi peut-il être soutenu qu'à l'obligation portée par les règles qui composent un accord international s'attache un droit accessoire à la sanction juridictionnelle de sa violation.

418. De surcroît, le caractère obligatoire de la règle de droit conventionnel sans effet direct se concilie mal avec l'absence de sanction juridictionnelle attachée à sa violation. Une règle juridique s'expose en effet à rester « *lettre morte* »¹¹⁹⁰ si elle est détachée de toute perspective de sanction juridictionnelle. Rostane Mehdi observe qu'au contraire, « *l'éventualité de la sanction contribue incontestablement à garantir l'effectivité et donc l'efficacité de la règle* »¹¹⁹¹. Le défaut de sanction de la norme conventionnelle dépourvue d'effet direct ne lui soustrait pas sa qualité de règle de droit, mais il met bien en cause son caractère obligatoire¹¹⁹², et nuit à son effectivité qui est évaluée à l'aune du degré d'adéquation des normes de rang inférieur aux prescriptions portées par cette règle¹¹⁹³.

419. Pour de nombreux auteurs, la sanction juridictionnelle constitue un critère de la norme. En cela, le défaut d'effet direct d'une règle conventionnelle l'empêcherait d'accéder à la qualité de norme juridique. Selon Jean Rivero « *la règle est morte si le juge ne la vivifie*

¹¹⁸⁹ Article 93 : Les dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication. André NOLKAEMPER remarque que « [t]he requirement of "binding on everyone" has been interpreted in case law to mean that a treaty provision has to be sufficiently clear to function as "objective law" in the domestic legal order », (« The Netherlands », in David SLOSS, Derek JINKS, (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge Univ. Press, 2009, pp. 326-370 (334)). Traduction : « L'exigence de l'"obligatoire pour chacun" a été interprétée en jurisprudence comme signifiant qu'une stipulation conventionnelle doit être suffisamment claire et précise pour fonctionner comme du "droit objectif" dans l'ordre juridique interne ».

¹¹⁹⁰ Otto BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Aalant, Scienta, réimpr. de la 1ère éd. (1864), 1961, p. 12.

¹¹⁹¹ Rostane MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., p. 319.

¹¹⁹² Rappelons qu'associé à sa validité, le caractère obligatoire de la règle de droit lui confère la propriété de conditionner la régularité des normes de rang inférieur, et la légalité des comportements de ses destinataires, au respect de ses prescriptions.

¹¹⁹³ Cette effectivité, largement tributaire de la sanction de la méconnaissance de la norme par le juge, désigne selon Luc HEUSCHLING « *le problème de la conformité ou de la mise en conformité des normes inférieures aux normes supérieures* », (« Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/ du droit. Analyse des mots et des concepts », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., p. 45) ; On s'écarte ici de l'approche de ce concept adopté en sociologie juridique. Pierre LASCOURMES définit ainsi l'effectivité de la règle comme « *le degré de réalisation dans les pratiques sociales, des règles énoncées dans le droit* », (« Effectivité », in ARNAUD (A.-J.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 218). Jacques COMMAILLE considère que l'effectivité « *suggère la comparaison entre un modèle normatif de comportement et les conduites réelles de ses destinataires, c'est-à-dire l'étude de la correspondance entre les règles de droit et les comportements* », (« Effectivité », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 583).

pas »¹¹⁹⁴. Or une règle conventionnelle en vigueur dans les ordres juridiques français et de l'Union, même dépourvue d'effet direct, doit vivre par le biais de son application juridictionnelle pour donner effet à son caractère obligatoire. Ce lien tissé entre la règle de droit et l'application juridictionnelle était déjà existant chez Raymond Carré de Malberg qui l'instrumentalisait pour distinguer le droit positif du droit naturel¹¹⁹⁵. Il écrivait ainsi que « l'essence même de la règle de droit, c'est d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate »¹¹⁹⁶ détenus par l'autorité étatique. Une telle analyse attribue à la sanction la qualité de « condition du droit au sens positif du mot »¹¹⁹⁷. Autrement dit, la sanction serait un élément structurant de la norme.

420. Il n'est toutefois pas ici soutenu que sans sanction juridictionnelle, on prive la norme conventionnelle de sa nature de règle juridique. Ce serait mécaniquement nier la juridicité du droit international non juridictionnalisé¹¹⁹⁸ et s'extraire de la vulgate kelsénienne qui veut que l'existence du *Sollen* est indifférente à l'effectivité de sa sanction¹¹⁹⁹. Ainsi que le notait René Capitant « le fait caractéristique du droit positif est non le fait de la sanction, mais le fait d'obéissance à ses prescriptions de la part de la généralité des sujets »¹²⁰⁰. En outre, comme le note Luc Heuschling, « [d]éfinir le droit par la sanction juridictionnelle qui, à son tour, se définit par le droit – puisque le tribunal lui-même est institué en vertu d'une loi – c'est se perdre dans un raisonnement circulaire »¹²⁰¹. Aussi la position présentement adoptée n'entend pas qu'affirmer la norme conventionnelle détachée de toute perspective de sanction juridictionnelle perd sa qualité de règle de droit, mais qu'il affecte son caractère obligatoire et

¹¹⁹⁴ Jean RIVERO, « L'État moderne peut-il être un État de droit ? », *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1957, pp. 5-101 (73).

¹¹⁹⁵ Sur l'apport du « dualisme méthodologique de Carré de Malberg », V. Luc HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, pp. 396-399.

¹¹⁹⁶ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (1920-1922)*, T. 1, Paris, Sirey, réimpr. CNRS, 1962, T. I, p. 57.

¹¹⁹⁷ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (1920-1922)*, T. 1, *op. cit.*, p. 211.

¹¹⁹⁸ Observant l'absence de sanction juridictionnelle du droit international, Raymond ARON le réduit ainsi à « une morale positive [...] privée de la mise en forme rigoureuse, de la systématisation et du caractère strictement obligatoire du Droit proprement dit », (*Pays et guerre entre les Nations*, Paris, Calmann-Levy, 3^{ème} éd., 2006, p. 710).

¹¹⁹⁹ DENYS DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, éditions Odile Jacob, 1997, pp. 60-67.

¹²⁰⁰ René CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, *op. cit.*, p. 116 ; Charles LEBEN explicite la position inverse de Hart et de Kantorowicz qui lie la règle à la sanction, selon eux, « [c]'est cette qualité toute spéciale des règles de droit d'être justiciables, de pouvoir, au moins potentiellement, faire l'objet d'un jugement par un tiers qui constitue la juridicité », (« Les juridictions internationales », *préc.*, p. 145).

¹²⁰¹ Luc HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, p. 428 ; l'idée était déjà exprimée par Santi ROMANO dans *l'ordre juridique*, (*L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 15-16) ; V. également, Gérard TMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, p. 14.

son effectivité. La non intervention du juge détache donc la règle conventionnelle de toute effectivité¹²⁰², alors que le respect de ses prescriptions par les normes de rang inférieur reste

¹²⁰² Il n'est pas inutile ici de mentionner la situation spécifique des normes non impératives qui ont émergé en droit constitutionnel. Il s'agit de clarifier les rapports entre caractère obligatoire et impérativité. La complexité des relations entretenues entre ces deux caractères de la norme est mise en exergue par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS : « dès lors qu'un énoncé est formulé par une autorité compétente et dans les formes requises par un ordre juridique donné, il acquiert une signification objective de norme. Qu'il ne formule aucun impératif et ne réponde pas aux conceptions subjectives de ce qu'est une norme, ne change rien. On peut alors admettre, qu'une norme juridique ne soit pas, subjectivement, une norme », (« Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, op. cit., pp. 267-281 (278)). L'obligatorité s'attacherait alors à l'approche objective et formelle de la norme, quand son impérativité serait relative à son approche subjective et matérielle. Le caractère impératif de la norme ici présenté correspond au caractère obligatoire de la norme chez Riccardo GUASTINI, (« Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, op. cit., p. 458). Cette approche subjective de la norme constitue selon François BRUNET le fondement de la distinction entre norme impérative et norme persuasive. Il écrit ainsi qu'« une norme persuasive peut tout à fait justifier une action ou un choix : elle sert avant tout à cela, puisque sa raison d'être est de se présenter comme modèle – certes facultatif mais qui n'en reste pas moins un modèle. [...] Le mode facultatif n'est donc pas antinomique avec la normativité de l'énoncé : ce dernier est porteur d'un sens objectif lequel fournit une référence dès lors – et à condition – que les destinataires l'acceptent », (*La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2011, p. 222). Se pose alors la question de savoir si l'élément définitoire de l'aptitude d'un acte juridique à s'ériger en norme de référence est la signification objective ou la signification subjective de la norme. S'il est admis que le contentieux objectif se donne pour objet la sanction des invalidités dans les « cascades d'édicions de normes » il apparaît nécessaire pour lui conférer une pleine utilité d'ouvrir aux justiciables le droit de se prévaloir de toutes normes valides dans l'ordre juridique dont il cherche à purger les illégalités, (Paul AMSELEK, « Une fausse idée claire, la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveaux du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 993). L'énoncé doit donc présenter la signification objective d'une norme pour être invocable. Toutefois, l'invocation d'un énoncé non subjectivement normatif ne présente en pratique guère d'intérêt dès lors que ce dernier est déclaratif, et donc en conséquence privé de force contraignante. Accolée ou détachée de toute perspective de sanction, une norme non impérative ne peut souffrir d'un manque d'effectivité. L'effectivité d'une règle, autrement dit l'adéquation des normes de rang inférieur à ses prescriptions, ne peut pas se mesurer à l'aune d'une norme de référence qui n'en porte pas. En définitive, les normes non impératives échappent aux problématiques de l'effectivité et de la préservation de l'État de droit, rendant par là toute perspective de sanction superfétatoire. La production de normes non impératives tend en toute hypothèse à se raréfier. La frénésie législative qui avait provoqué leur émergence se heurte en effet désormais à la résistance du Conseil constitutionnel. Dans sa décision portant sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école de 2005, les juges de Montpensier censure une disposition législative « manifestement dépourvue de toute portée normative », (CC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, n°2005-512, pt. 18). En l'occurrence, était visé l'énoncé suivant : « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ». Véronique CHAMPEIL-DESPLATS observe que, ce faisant, le Conseil s'oppose « à l'énoncé qui reconnaît, constate ou décrit une situation, promeut, favorise, encourage, ou encore exprime des vœux, des souhaits, des recommandations ou des avis », (« N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, 21, 2006, pp. 63-68 (64)). Cette nouvelle exigence de normativité imposée au législateur par le Conseil constitutionnel « vise des énoncés législatifs reconnaissables d'un fait physique (l'identité de la Montagne), social (la famille est une valeur essentielle pour la société), psychique (le sport est un moyen d'épanouissement) ou historique (reconnaissance du génocide arménien), ainsi que ceux qui revêtent une forme impérative mais qui formulent une obligation abstraite et à connotation multiple (l'école doit contribuer à valoriser les talents) », (*ibid.*, p. 65). Le pouvoir constituant a pris acte de cette volonté de préservation de la normativité subjective des lois. Le nouvel article 34-1 de la Constitution, créé à l'occasion de la révision de 2008, entend de cette manière à concentrer dans les résolutions l'ensemble des normes dépourvues de force impérative, (Julien BETAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse, Université de Poitiers, 2012, p. 353).

défendu dans des ordres juridiques ayant adhéré aux principes de l'État de droit, parmi lesquels figure la sauvegarde de la hiérarchie des normes¹²⁰³.

421. En outre, le recours pour excès de pouvoir est une voie de droit dont les propriétés sont favorables à reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel. Gaëlle Dumortier a souligné à cet égard les spécificités du contentieux français de la légalité dont le caractère objectif justifie de détacher de l'effet direct de la règle conventionnelle sa vocation à s'ériger en norme de référence, « *le juge n'étant saisi que d'un conflit de normes le conduisant à confronter la norme subordonnée, loi ou règlement, à la convention internationale* »¹²⁰⁴. Comme l'observe Marie Gautier, dans une telle configuration contentieuse, « *dès lors que la norme internationale est bien une norme, que sa primauté est posée par l'article 55 de la Constitution et qu'elle est applicable à un litige donné, son caractère obligatoire devrait en toute logique suffire à permettre son invocabilité* »¹²⁰⁵. Retenir la conditionnalité d'effet direct pervertit alors l'esprit du contentieux de la légalité¹²⁰⁶ et affecte dans le même temps l'intégrité de la hiérarchie des normes.

422. Pour souhaitable que soit l'harmonisation du régime de l'invocabilité des différentes sources du droit interne, la complétude est conservée comme critère de l'invocabilité des normes conventionnelles dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*. Ce faisant, le juge affecte le caractère obligatoire des engagements internationaux et évince les règles de droit conventionnel dépourvues d'effet direct des paramètres de la légalité des actes juridiques émis par les autorités publiques françaises.

3) Un refus favorisant l'engagement de la responsabilité de l'État

423. Du point de vue des rapports de l'État français avec son environnement juridique international, l'abandon de la subordination de l'invocabilité à l'effet direct était d'une

¹²⁰³ La jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice garantissent en effet l'indépendance de la fonction juridictionnelle, le respect des droits fondamentaux et des dispositions institutionnelles de la Constitution, ainsi que l'intégrité de la hiérarchie des normes dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne.

¹²⁰⁴ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc., p. 554.

¹²⁰⁵ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 564.

¹²⁰⁶ Pour une analyse de la déviation fonctionnelle du recours pour excès de pouvoir induite par l'exigence de l'effet direct, V. *infra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1.

certaine manière un besoin plus impérieux concernant le droit d'origine internationale que concernant le droit d'origine interne. Le traité incomplet laisse certes aux parties contractantes la liberté de définir ses modalités de mise en application, mais un produit juridique étatique contraire à ses prescriptions n'en demeure pas moins susceptible de constituer un fait internationalement illicite¹²⁰⁷. Le caractère incomplet d'une obligation ne lui retire pas son aptitude à engager la responsabilité de l'État dans l'ordre international¹²⁰⁸.

424. Jean Matringe a observé à ce propos que le critère de la complétude, lié à la séparation des pouvoirs, aurait dû être écarté « *en matière de condition d'exercice du droit à voir la légalité respectée car il ne régit qu'une répartition interne des pouvoirs et, pour ce qui nous concerne, des obligations de mise en œuvre des normes internationales, répartition que la France ne saurait opposer dans l'ordre international pour justifier la violation de ses engagements. La norme internationale fait peser une obligation sur les États, quelle que soit leur organisation interne et on peut très bien concevoir que faute de mise en œuvre par les pouvoirs exécutifs et législatifs il revienne au juge d'organiser celle-ci* »¹²⁰⁹. Cet élément de contrainte extrinsèque à l'ordre juridique français, finalement opposable dans les mêmes termes à l'Union européenne, amène donc à déplorer la solution retenue par les juges qui consiste à soumettre l'invocabilité-sanction de la règle conventionnelle à sa complétude. Il

¹²⁰⁷ C'est ce qui ressort en creux de l'analyse délivrée par Thomas BUERGENTHAL de l'obligation non directement applicable : « *the contracting parties are interested, as a matter of international law, only in compliance with the substantive obligation established by the treaty, leaving it to the States parties to decide how it will be done* », (« Self Executing and Non-Self Executing Treaties in National and International Law », préc., p. 328). Traduction : « Les parties contractantes ne s'intéressent, conformément au droit international, qu'au respect des obligations substantielles imposées par le traité, et laissent aux États le soin de décider de quelle manière ils y parviendront ».

¹²⁰⁸ La Cour permanente jugeait ainsi dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* que « [c]'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate » : CPJI, 26 juillet 1927, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demande en indemnité, compétence)*, Rec. CPJI, Série A, p. 21. Dans l'arrêt au fond, elle précisa que « *c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit...* » : CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (jugement au fond)*, Rec. CPJI, Série A, p. 3 (29). Pour une analyse exhaustive des incidences de la libéralisation des conditions d'invocabilité du droit conventionnel sur les perspectives d'engagement de la responsabilité internationale de la France et de l'Union européenne, V. *infra*, partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹²⁰⁹ Jean MATRINGE, « Note sous Conseil d'État, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)* », préc., p. 941 ; au contraire, Pierre D'ARGENT considère, au terme d'une analyse d'apparence incompatible avec la lecture classique de la jurisprudence *Francovich*, que « *cette subordination du droit individuel à réparation au caractère directement applicable de la norme internationale dont la violation cause le dommage est notamment affirmée en droit communautaire ; elle paraît peu contestable en droit international général et semble d'ailleurs implicitement contenue dans le lien établi entre le droit à un recours, entendu comme le droit d'avoir accès à un tribunal, et le droit à réparation* », (« Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations graves du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit humanitaire », *A.F.D.I.*, 2005, pp. 27-55 (44).

était à cet égard curieux de trouver, sous la plume des agents du service juridique du ministère des affaires étrangères, l'idée que l'admission de l'invocabilité d'exclusion créerait les conditions « *d'une multiplication des risques des cas d'engagements de la responsabilité de l'État du fait des conventions internationales* »¹²¹⁰. L'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel permet au juge interne de purger son ordre juridique d'appartenance de tout fait internationalement illicite, et notamment de ceux d'entre eux qui procèdent de la méconnaissance de stipulations dépourvues d'effet direct¹²¹¹. Au contraire de ce que soutenait le service juridique du ministère des Affaires étrangères, elle est en ce sens un instrument d'évitement d'engagement de la responsabilité internationale pour laquelle « *l'applicabilité ou l'inapplicabilité directe de la norme internationale sont indifférentes* »¹²¹².

425. Il en va de même dans l'ordre juridique interne. Gaëlle Dumortier a relevé que le Conseil d'État a, par le passé, pris en considération la règle conventionnelle dépourvue d'effet direct pour encadrer l'action normative de l'État français. La haute juridiction administrative a en effet admis l'invocabilité des normes conventionnelles imprécises non seulement pour orienter ses interprétations du droit interne¹²¹³, mais aussi pour engager la responsabilité de l'État ayant violé les obligations qu'elles lui imposent¹²¹⁴. Autrement dit, les invocabilités d'interprétation et de réparation du droit conventionnel ne sont pas subordonnées à l'effet direct¹²¹⁵.

426. Le Conseil d'État s'est donc regrettamment refusé de dissocier l'invocabilité-sanction du droit conventionnel de sa complétude. La Cour de justice de l'Union européenne a de la même manière refusé d'accorder aux personnes privées le droit de se prévaloir des

¹²¹⁰ DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, « observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* », disponibles sur internet : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2012/05/GISTI-FAPIL-DALO-m%C3%A9moire-en-d%C3%A9fense-MAE.pdf>, p. 12.

¹²¹¹ Pour une présentation exhaustive de ce mode de prévention de survenance des illicéités internationales, V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹²¹² Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 526. Pour cette raison l'auteur estime, à propos de l'office du juge national, qu'il est « *d'autant plus essentiel qu'il puisse au moins empêcher qu'un texte législatif ou réglementaire de s'appliquer avec un résultat contraire à celui qui est prescrit* » (*ibid.*, p. 504).

¹²¹³ CE, 7 avril 1965, *Secrétaire d'État au commerce extérieur contre Hurni*, n°57537, *Leb.* p. 226 ; CE, 27 janvier 1978, *Association France Terre d'Asile*, n°11791, *Leb.* p. 33 ; en droit comparé. CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre Allemagne*, préc., pt 52 ; pour la Belgique : CE Belge, 17 mars 2011 *Centre public d'action sociale d'Ixelles*, n° 211.997, p. 12 ; pour le Tribunal suprême espagnol, 8 septembre 2009, STS 5378/2009 ; pour les Pays-Bas : Hoge Raad, 16 novembre 1990, *NJ*, 1992, p. 107, § 3.2.3.

¹²¹⁴ Cela ressort implicitement de l'arrêt *Gardedieu* du Conseil d'État : CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc.

¹²¹⁵ Pour une analyse exhaustive de ces formes objectives d'invocabilité, fondées sur la primauté et détachées de l'effet direct, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

stipulations conventionnelles conditionnelles aux fins de contester la légalité des actes de l'Union et des États membres¹²¹⁶.

B. La neutralisation de la force obligatoire du droit conventionnel incomplet par la Cour de justice

427. Après avoir constaté la possibilité ouverte aux justiciables de se prévaloir de certaines dispositions de droit dérivé dépourvues d'effet direct dans le contentieux de la légalité, au moyen de la technique de l'invocabilité d'exclusion, le juge Koen Lenaerts écrivait que « [v]irtually all of what has been said above in respect of how EU law affects the legal order of the various Member States can be mirrored in respect of the Union itself in its relation towards norms of international law »¹²¹⁷. Force est de constater que cette virtualité ne s'est jamais concrétisée concernant le droit conventionnel. Ce refus de transposer au droit conventionnel le régime de l'invocabilité du droit interne de l'Union européenne trouve ses origines dans le principe, dégagé dans l'arrêt *Kupferberg*, selon lequel « [l]es effets, dans la Communauté, des dispositions d'un accord conclu par celle-ci avec un pays tiers ne sauraient être déterminés en faisant abstraction de l'origine internationale des dispositions en cause »¹²¹⁸. Et l'avocat général a remarqué Jääskinen que le maintien de ce différentiel de traitement des règles d'origines interne et internationale « conduirait à exclure tout contrôle judiciaire du respect des engagements de l'Union européenne » dépourvus d'effet direct, « tant par le juge national que par le juge de l'Union. Par conséquent, la notion de protection juridictionnelle dans l'ordre juridique de l'Union, prise au sens large comme visant non seulement les voies de recours directs, mais également le mécanisme du renvoi préjudiciel, risque d'en être substantiellement affectée »¹²¹⁹.

¹²¹⁶ Ce principe trouve pour limite la doctrine *Nakajima*, V. *infra*, partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹²¹⁷ Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 288. Traduction : « virtuellement, tout ce qui a été affirmé jusqu'à présent à propos des manières dont le droit de l'Union affecte les ordres juridiques des États membres est valable pour ce qui concerne les rapports qu'entretient l'ordre juridique de l'Union avec les normes de droit international ».

¹²¹⁸ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, préc., pt. 17 ; V. également : CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 108.

¹²¹⁹ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudedefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 74.

428. Dans les rares hypothèses où le juge *a quo* demande l'examen de la légalité du droit de l'Union sans examen préalable de l'effet direct, la Cour de justice rappelle ainsi le droit conventionnel à ses origines, en soumettant d'office son invocabilité à la satisfaction de ses critères (1). Une inégalité de traitement entre la source coutumière et la source conventionnelle se fait alors jour dans l'ordre juridique de l'Union (2).

1) L'examen d'office de la complétude des stipulations conventionnelles par la Cour

429. Quelques renvois préjudiciels ont appelé la Cour à se prononcer sur la conventionnalité de certains actes émis par les institutions de l'Union sans l'interroger sur l'effet direct de la norme internationale invoquée¹²²⁰. Il est notable qu'à l'exception de l'affaire *intertanko*, ces questions préjudicielles provenaient de juridictions belges et hollandaises, qui appartiennent à des ordres juridiques soucieux de promouvoir les effets juridiques du droit international¹²²¹. La Cour de justice a pourtant examiné l'applicabilité et l'effet direct des normes internationales dans ces affaires. Cette nouvelle modération du principe, déjà largement relativisé, selon lequel le juge préjudiciel doit s'en tenir à la question posée par le juge de renvoi¹²²², empêche *de facto* ce dernier de contourner le filtre de l'effet direct en ne questionnant pas la Cour sur cette propriété de la norme conventionnelle. L'effet direct des traités étant examiné d'office par la Cour de justice, les juridictions nationales se sont finalement résolues à intégrer cette question dans leurs renvois préjudiciels appelant un

¹²²⁰ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, *Rec.* p. 7723 ; CJCE, 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc. ; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, *Rec.* p. I-3655, com. Abdelkhaleq BERRAMDANE, « L'application de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire », *Cah. dr. eur.*, 2000, pp. 253-279 ; Aymeric POTTEAU, Emanuelle LERAY, « L'intégration du droit international coutumier dans l'ordre juridique communautaire », *J.C.P. G*, 3 février 1999, pp. 278-281 ; CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc.

¹²²¹ L'article 90 de la constitution des Pays-Bas dispose : « *Le Gouvernement favorise le développement de l'ordre juridique international* » ; la perméabilité de l'ordre juridique belge au droit international est quant à elle perceptible dans le recours à la technique plus haut présentée du *standstill* pour appliquer les stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct, inédite dans l'espace juridique européen, (CE belge, 6 septembre 1989, *M'Feddal et consorts*, n°32989 ; V. Olivier DE SCHUTTER, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, 1999, Larcier, pp. 313-318).

¹²²² Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 658-659.

examen de la conventionnalité des actes de l'Union¹²²³. Cette victoire de la Cour de justice sur les juges *a quo* est toutefois regrettable dès lors que l'examen de l'effet direct n'apparaît pas fidèle à la dimension objective de la procédure préjudicielle¹²²⁴.

430. En outre, la Cour de justice ne procède pas avec constance à un tel examen d'office de l'effet direct lorsqu'elle est appelée à titre préjudiciel à se prononcer sur la compatibilité du droit d'un État membre avec les obligations procédant d'un accord mixte¹²²⁵. Cette perméabilité accrue de la Cour au droit international dans le renvoi en interprétation dérive de la volonté de ne pas restreindre l'invocabilité accordée au droit conventionnel par les juridictions de certains États membres traditionnellement ouverts à ses effets¹²²⁶. Ce positionnement dual de la Cour quant à la question du relevé d'office de la conditionnalité d'effet direct témoigne donc de sa frilosité à s'aligner sur les régimes nationaux les plus favorables à l'invocabilité¹²²⁷.

2) Le régime différencié de l'invocabilité des sources coutumière et conventionnelle

431. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la compétence de la Cour pour ériger le droit coutumier, même dépourvu d'effet direct, en norme de référence du contrôle de légalité est déduite de l'article 3, paragraphe 5 du TUE¹²²⁸. Une mise en perspective des arrêts

¹²²³ Sans prétendre à l'exhaustivité et antéchronologiquement, CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc. ; CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, préc. ; CJCE, 13 décembre 2007, *Asda Stores contre commissioners on her majesty's revenue and customs*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport*, préc.

¹²²⁴ Pour une analyse de la déviation fonctionnelle du renvoi préjudiciel en appréciation de validité induite par la subordination de l'invocabilité de la règle conventionnelle à son effet direct, V. *infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2.

¹²²⁵ CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.

¹²²⁶ Pour une analyse de la jurisprudence des juridictions de la Belgique et des Pays-Bas relative à l'invocabilité du droit conventionnel, V. *infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2, paragraphe 2, A

¹²²⁷ Mario MENDEZ, *The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, *op. cit.*, pp. 320-321.

¹²²⁸ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 101. L'article 3, paragraphe 5 du Traité sur l'Union européenne dispose que « [d]ans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection

*Intertanko*¹²²⁹, *Racke*¹²³⁰ et *Air transport association of America*¹²³¹ laisse paraître un différentiel du régime de l'invocabilité des sources coutumière et conventionnelle.

432. La règle coutumière imprécise est susceptible de constituer une norme de référence du contrôle de la légalité des actes étatiques et de l'Union, alors que la règle conventionnelle souffrant de la même indétermination ne bénéficie pas d'une telle invocabilité (a). Cette réticence de la Cour à calquer le régime de l'invocabilité du droit conventionnel sur celui de la coutume internationale est à déplorer, tout particulièrement lorsque sont invoqués des accords internationaux dont l'objet est la codification de la coutume (b).

a) *Délimitation de la dualité des conditions d'invocabilité des normes internationales*

433. L'invocabilité du droit coutumier international n'est pas soumis au filtre de l'effet direct. Dans l'affaire *Air transport association of America*, la Cour de justice était appelée à examiner le bon respect par les Institutions de l'Union de trois règles coutumières internationales : la souveraineté complète et exclusive de tout État sur son propre espace aérien, l'interdiction pour tout État de soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté et le principe de liberté de survol de la haute mer¹²³². Après avoir observé que ces principes coutumiers « *apparaissent n'avoir pour portée que de créer des obligations*

des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies » ; la Cour se réfère à l'ordre par nous souligné pour dégager sa compétence d'application de la coutume.

¹²²⁹ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc.

¹²³⁰ CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 51.

¹²³¹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 109.

¹²³² L'applicabilité de la directive 2008/101 aux compagnies aériennes d'États tiers à l'Union, les assujettissant au système d'échanges de quotas, entrainé en conflit avec ces principes coutumiers selon les requérants : « *les principes du droit international coutumier sont invoqués, en substance, afin que la Cour apprécie si l'Union était compétente, au regard de ces principes, pour adopter la directive 2008/101 en ce que celle-ci étend l'application de la directive 2003/87 aux exploitants d'aéronefs d'États tiers dont les vols à l'arrivée et au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un État membre de l'Union sont en partie réalisés au-dessus de la haute mer et au-dessus du territoire de ces derniers* » : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 108.

entre États »¹²³³ et ne revêtent « pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international »¹²³⁴, la juridiction de l'Union admet leur invocabilité afin d'examiner la conformité de la directive 2008/101 relative aux quotas d'émission de gaz à effet de serre¹²³⁵ à leurs prescriptions. Ces deux propriétés des normes en cause étant de nature à les priver d'effet direct, l'invocabilité d'exclusion des règles coutumières est donc établie par la Grande chambre. Les conditions d'invocabilité de la coutume dégagée par l'arrêt *ATAA* ne sont pas pour autant à l'abri de tout reproche. La jurisprudence *ATAA* limite l'aptitude des normes coutumières à s'élever au rang de norme de référence au contrôle de la légalité d'un acte « susceptible d'affecter des droits que le justiciable tire du droit de l'Union ou de créer dans son chef des obligations au regard de ce droit »¹²³⁶. Cette condition suscite une réelle perplexité dans la mesure où il n'apparaît guère justifié de soumettre le droit des justiciables de se prévaloir d'une norme internationale au lieu de droit qui existe entre lui et l'acte attaqué¹²³⁷.

434. L'invocabilité du droit conventionnel reste dans le même arrêt subordonnée aux conditions de l'effet direct, la Cour jugeant que « lorsque la nature et l'économie du traité dont il s'agit permettent un contrôle de la validité de l'acte du droit de l'Union au regard des dispositions de ce traité, encore faut-il que les dispositions de ce traité invoquées aux fins de l'examen de la validité de l'acte du droit de l'Union apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises »¹²³⁸. Les fondements logiques de la distinction des conditions d'invocabilité de la coutume et du droit conventionnel restent évanescents. Et il est assez surprenant de voir la Cour se priver de toute référence à la seule

¹²³³ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 109.

¹²³⁴ *Ibid.*, pt. 110.

¹²³⁵ Directive (CE) n° 2008/101, 19 novembre 2008, directive modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *JOUE*, L 8, 13 janvier 2009, pp. 3-21.

¹²³⁶ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 107.

¹²³⁷ Voir Isabelle BOSSE PLATIERE, Catherine FLAESCH-MOUGIN, « La Cour précise si et dans quelle mesure le droit international conventionnel et coutumier peut être invoqué directement par une personne physique ou morale aux fins de contester la validité d'un acte de l'Union », *R.T.D. eur.*, 2012, pp. 247-251 (250) ; Vincent CORREIA, *L'Union européenne et l'ordre international de l'aviation civile. La contribution de l'Union européenne aux évolutions contemporaines du droit aérien international*, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2012, p. 815.

¹²³⁸ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 55.

doctrine permettant le cantonnement de l'invocabilité d'exclusion du droit d'origine internationale à sa composante coutumière : celle de son immédiateté intrinsèque. Pierre d'Argent en dresse ainsi les contours : « *la coutume internationale est immédiatement applicable en droit interne, c'est-à-dire qu'elle y produit des effets sans nécessiter aucune mesure interne de réception : comme le veut l'adage anglais, "international law is part of the law of the land", de telle manière à faire échapper la coutume à toute exigence d'assentiment* »¹²³⁹.

435. Cette jurisprudence fournit une nouvelle illustration des réticences de la Cour de justice à étendre les contours pourtant exigus du droit à la légalité conventionnelle. Cette distinction des conditions de l'invocabilité des sources coutumière et conventionnelle est particulièrement problématique lorsqu'un requérant se prévaut d'un engagement international codifiant une règle coutumière.

b) Dilution de l'invocabilité des normes coutumières conventionnellement codifiées

436. Dans ses conclusions sur l'affaire *Intertanko*, l'avocat général Kokott observait qu'à l'occasion de l'affaire *Poulsen*, la Cour de justice avait déjà appliqué la Convention de Montego Bay en tant qu'expression du droit international coutumier¹²⁴⁰. Reprenant l'argument des requérants elle faisait à ce titre justement remarquer à la Cour « *qu'il serait tout à fait incompréhensible que cette possibilité leur soit retirée après l'entrée en vigueur de ladite convention* »¹²⁴¹. Dans son arrêt *Poulsen*, la Cour de justice avait jugé qu'en vertu du principe de bonne foi, « *les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international* »¹²⁴². Si bien que la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer, codifiant les règles du droit international coutumier de la Mer, fut prise en

¹²³⁹ Pierre D'ARGENT, « Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international », *R.B.D.I.*, 2012, pp. 355-371 (366).

¹²⁴⁰ CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemindigheden contre Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, C-286/90, *Rec.* p. I-6019, pts. 12-15.

¹²⁴¹ Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 50.

¹²⁴² CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemindigheden contre Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, préc., pt.9 ; CJCE, 24 novembre 1993, *Mondiet*, C-405/92, *Rec.* p. I-6133, pts. 13-15.

considération pour interpréter l'article 6, paragraphe 1, b) du règlement de 1986 sur la conservation des ressources de pêche¹²⁴³.

437. La position de la Cour de justice relative aux conditions d'invocabilité des conventions internationales de codification de la coutume est devenue très ambivalente avec l'arrêt *Intertanko*. D'une part, la juridiction de l'Union y a dégagé le principe de l'invocabilité de ceux des engagements internationaux qui « codifient des règles coutumières consacrées par le droit international général » afin de contester la légalité externe des actes de institutions de l'Union¹²⁴⁴. Les incidences du principe de bonne foi sur l'influence du droit conventionnel sur l'ordre juridique de l'Union apparaissaient alors de grande ampleur puisqu'il obligeait la Cour à connaître des moyens d'illégalité tirés de la violation d'une règle de compétence inscrite dans une convention internationale codifiant des règles de droit coutumier¹²⁴⁵. Mais dans la mesure où la Cour s'est ensuite autorisée à substituer un moyen d'illégalité interne au moyen d'illégalité externe qui était invoqué par l'*Intertanko*, l'intérêt contentieux de ce principe a été vidé de sa substance. De sorte qu'*in fine*, l'arrêt *Intertanko* « s'inscrit en rupture par rapport à un arrêt précédent, rendu dans l'affaire *Poulsen et Diva Navigation*, dans lequel la Cour avait reconnu aux particuliers le droit de se référer à la même convention sur le droit de la mer en tant qu'expression du droit international coutumier »¹²⁴⁶.

438. Dans l'affaire *Intertanko*, les demandeurs au principal soutenaient en effet que l'acte attaqué souffrait d'avoir été adopté par une autorité n'en ayant pas la compétence aux termes de la Convention de Montego Bay¹²⁴⁷. Conscients de l'intérêt contentieux d'appuyer leurs

¹²⁴³ Règlement CEE n°3094/86 du Conseil, du 7 octobre 1986, *prévoyant certaines mesures techniques de conservation des ressources de pêche*, JOCE, L 288, p. 1.

¹²⁴⁴ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 51.

¹²⁴⁵ Il est cependant à noter que le principe de bonne foi ne crée pas d'obligation à charge de la Cour de justice d'attribuer l'effet direct aux accords internationaux. L'argument selon lequel le défaut d'effet direct rendrait impossible la satisfaction de l'impératif de bonne foi dont est titulaire l'Union, partie contractante à un engagement international a été écarté par le Tribunal lors de l'arrêt *Chiquita Brands* : TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pts. 246-248. Au terme d'un raisonnement circulaire, la juridiction de l'Union considère que, dans la mesure où l'accord dont le requérant allègue un écart à l'application de bonne foi est privé d'effet direct, la Cour ne pouvait s'appuyer sur ce principe pour en dégager l'invocabilité. (V. Pieter Jan KUIJPER, « The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo Cannizzaro (dir.) *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, op. cit., p. 271).

¹²⁴⁶ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 65.

¹²⁴⁷ La troisième question préjudicielle invite ainsi la Cour à répondre à la question de savoir si « la convention de Montego Bay définirait et régirait l'étendue de la compétence des parties contractantes dans le cadre de leur action en haute mer, dans la zone économique exclusive et dans les détroits internationaux. Ainsi, la

allégations d'invalidité du droit dérivé sur un motif d'incompétence, les requérants avaient bien insisté sur le fait, qu'en vertu de la Convention de Montego Bay, l'Union souffrait d'un défaut de titre juridique pour encadrer juridiquement les rejets involontaires de déchets polluants par des navires ne battant pas pavillon d'un État membre. L'objet de la question, le vice de compétence, devait – comme le soutenait l'Intertanko – avoir un effet décisif sur les conditions d'invocabilité de la norme d'origine internationale dont il était allégué violation. Les justiciables auraient dû être admis à se prévaloir de la Convention de Montego Bay, sans examen de son effet direct. Tel ne fut pourtant pas le cas en l'espèce. La juridiction de l'Union a écarté ce moyen en le réduisant à un moyen d'illégalité interne, la violation du droit subjectif à la libre navigation. La pertinence de statuer sur cette question en termes de compétence est pourtant implicitement reconnue par la Cour qui remarque que « *les parties contractantes envisagent, ainsi qu'il ressort de nombreuses dispositions de [la] convention [de Montego Bay], telles que les articles 2, 33, 34, paragraphe 2, 56 ou 89 de celle-ci, de fixer les limites matérielles et territoriales de leurs droits souverains respectifs* »¹²⁴⁸. La Cour de justice a pourtant opposé le défaut d'effet direct de cette Convention au moyen de vice de compétence qui en était tiré, en le muant en un moyen d'illégalité interne¹²⁴⁹. Si le principe de l'invocabilité privilégiée des moyens d'illégalité externe, déjà admis pour le droit d'origine interne¹²⁵⁰ et le droit international coutumier¹²⁵¹, a été étendu aux règles conventionnelles codifiant la coutume, l'affaire *Intertanko* indique que la Cour de justice peut, en opérant une substitution des moyens d'illégalité, le priver de toute incidence contentieuse.

439. L'avocat général Kokott appelait par la suite la Cour à clarifier sa position sur cette question. Dans ses conclusions sur l'affaire *Air transport association of America*, elle ne trouvait pas « *pour quelle raison valable un particulier pourrait se prévaloir de principes du*

Communauté ne serait pas compétente pour adopter une législation s'appliquant aux rejets provenant de navires ne battant pas pavillon de l'un des États membres, si ce n'est dans la mesure où la convention de Montego Bay reconnaît à la Communauté le droit d'adopter une telle législation » : CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 39.

¹²⁴⁸ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt.58.

¹²⁴⁹ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pts. 39 et 54-64.

¹²⁵⁰ CJCE, Gde chbre, 6 décembre 2005, *ABNA Ltd, Denis Brinicombe, BOCM Pauls Ltd, Devenish Nutrition Ltd, Nutrition Services (International) Ltd, Primary Diets Ltd contre Secretary of State for Health, Food Standards Agency*, préc., pts. 52 et s.; CJCE, Gde chbre, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB et Swedish Match UK Ltd contre Secretary of State for Health*, préc., pts. 52-54.

¹²⁵¹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pts. 107-110.

droit international coutumier à des conditions moins strictes que de conventions internationales. [...] De nombreux principes du droit international coutumier ont été, au fil des années, codifiés dans des conventions internationales. Il ne serait pas logique que le même principe de droit international puisse être invoqué par les particuliers à des conditions différentes selon qu'il est cité comme principe du droit international coutumier ou comme principe du droit international issu de conventions »¹²⁵². Pour remédier à cette schizophrénie internationale de la jurisprudence de la Cour de justice, Julianne Kokott proposait de reprendre les critères retenus pour les conventions internationales. Comme dans l'arrêt *Intertanko*, elle ne fut pas suivie par la Cour qui préféra admettre le droit des justiciables de se prévaloir des prescriptions coutumières imprécises¹²⁵³, plutôt que de se rallier à sa proposition d'harmonisation, dans le carcan de l'effet direct, des conditions d'invocabilité de toute source du droit international. Isabelle Bausse-Platière et Catherine Flaesch-Mouglin mettent en évidence les lacunes de cette atomisation des conditions d'invocabilité du droit international, observant que « *l'application de critères différenciés en fonction des modes de formation du droit international comporte un risque évident [...] d'incohérence et d'incertitudes pour les justiciables* »¹²⁵⁴.

440. Les risques d'incohérence et d'incertitude des critères différenciés d'invocabilité du droit coutumier et conventionnel avaient pourtant antérieurement été pris en considération et résolus par le Tribunal de l'Union dans son arrêt *Opel Austria*¹²⁵⁵. Dans cette affaire, la requérante récusait la pertinence de l'argument du Conseil selon lequel l'article 18 de la convention de Vienne I¹²⁵⁶, qui codifie le principe de bonne foi, ne saurait conférer aux particuliers des droits qu'ils pourraient invoquer devant le Tribunal à l'occasion d'un recours en annulation. L'entreprise *Opel Austria* estimait au contraire que « *l'argument tiré de l'absence d'effet direct serait sans pertinence dans les procédures engagées au titre de l'article 173 du traité CE [actuel 263 du TFUE]. Les accords internationaux feraient partie*

¹²⁵² Julianne KOKOTT, 10 octobre 2010, conclusions sur CJUE, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pts. 117-118.

¹²⁵³ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 109.

¹²⁵⁴ Isabelle BOSSE PLATIERE, Catherine FLAESCH-MOUGLIN, « La Cour précise si et dans quelle mesure le droit international conventionnel et coutumier peut être invoqué directement par une personne physique ou morale aux fins de contester la validité d'un acte de l'Union », préc., p. 251.

¹²⁵⁵ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, préc.

¹²⁵⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 788, p. 354.

intégrante de l'ordre juridique communautaire et il appartiendrait aux institutions communautaires, y compris la Cour et le Tribunal, de veiller à leur respect. Le fait que certains accords internationaux ne sont pas directement applicables n'aurait aucune incidence sur l'obligation de la Communauté de veiller à leur respect »¹²⁵⁷. Pour admettre l'invocabilité de l'article 18 sans examiner les critères de son effet direct, le Tribunal relève que « ce principe de bonne foi est une règle du droit international coutumier dont l'existence a été reconnue par la Cour internationale de justice »¹²⁵⁸. C'est donc le fait que l'article 18 Convention de Vienne I codifie une règle coutumière internationale qui a permis son invocabilité. Il est regrettable que la jurisprudence *Intertanko* ait clairement limité la portée de l'arrêt *Opel Austria*, la réduisant au statut de solution d'espèce. La jurisprudence *Intertanko* conduit finalement à la situation singulière qui veut qu'il soit souhaitable pour le sujet de droit de l'Union que la coutume internationale ne se voit pas codifiée en convention, une étrange alchimie lui faisant alors perdre sa justiciabilité.

441. Le refus d'étendre le régime de l'invocabilité de la coutume au droit conventionnel affecte donc la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Ces réticences sont d'autant plus regrettables que les effets de cette invocabilité simplifiée sont rigoureusement circonscrits. La juridiction de l'Union précise ainsi dans les arrêts *Racke* et *ATAA* que « dès lors qu'un principe du droit international coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international, le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes »¹²⁵⁹. Cette limitation à un contrôle d'intensité minimale permet de contenir la latitude d'appréciation du juge appelé à apprécier la conformité du droit interne à l'aune de principes coutumiers imprécis, en cantonnant alors son office au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹²⁶⁰. De cette manière, la juridiction de l'Union rend hommage à la logique en admettant l'invocabilité d'exclusion d'une norme imprécise, tout en limitant drastiquement les hypothèses d'annulation susceptibles d'en procéder.

¹²⁵⁷ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 79.

¹²⁵⁸ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 90 ; le fait que le principe de bonne foi a pour corollaire le principe de confiance légitime participe également à l'admission de l'invocabilité de l'article 18 de la Convention de Vienne.

¹²⁵⁹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 110 ; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 52.

¹²⁶⁰ Pour une démonstration de l'opportunité d'étendre l'exercice de ce contrôle d'intensité minimale aux règles conventionnelles imprécises, V. *infra*, partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1.

442. En définitive, les effets de l'incomplétude de la norme diffèrent selon l'origine, interne ou internationale, de celle-ci, mais également selon son mode de formation dans l'ordre international. L'imprécision des normes d'origine interne et de la coutume réduit logiquement leur force invalidante, en raison de la large marge d'appréciation qu'elle laisse aux autorités en charge de les concrétiser. En outre, il n'est possible d'annuler une règle sur leur fondement que lorsqu'une erreur manifeste d'appréciation est commise. De sorte que les jugements d'invalidité motivés par la violation d'une règle interne imprécise restent exceptionnels. L'imprécision des normes conventionnelles remet quant à elle en cause le droit des particuliers de s'en prévaloir. Il est regrettable que le progrès réalisé en faveur de la reconnaissance de l'invocabilité des règles internes n'ait pas également profité à la source conventionnelle. L'effectivité des accords internationaux, entendue comme leur faculté à fonder l'annulation d'un acte contraire à leurs prescriptions, se trouve d'autant plus limitée que les juridictions de Paris et de Luxembourg continuent à les appréhender dans l'ordre interne comme des actes contractuels. Pourtant, déduire une absence d'invocabilité de la vocation du droit d'origine internationale à ne créer des obligations qu'entre les parties contractantes se concilie mal avec la fonction du contentieux objectif : la sanction des méconnaissances du droit objectif.

Section 2. Le caractère obligatoire de la règle conventionnelle subordonnée à l'affectation de la situation juridique des individus

443. En confondant individus et tiers à l'engagement international, l'effet direct dévoie la nature du droit conventionnel dans l'ordre juridique interne. Il érige une condition de la capacité processuelle internationale de l'individu, tenant à la vocation de la norme conventionnelle à produire un droit subjectif, en un critère de son caractère obligatoire dans l'ordre interne. Cette césure entre les normes internationales ne générant des obligations qu'entre États et les normes internationales porteuses de droit subjectif n'a pas lieu d'être dans les ordres juridiques où la clause de réception générale du droit international fait de toute norme internationale une obligation pour les autorités normatives de l'État¹²⁶¹. Ramses Wessel met en évidence cette tension née de la subordination des effets des accords internationaux dans les ordres internes à leur aptitude à affecter les situations juridiques individuelles : « *the question may rightfully be posed whether the criterion of the "governance of the legal position of individuals" – which seems to be relevant for the acceptance of direct effect – would not virtually rule out the legal effects of most international law within the EU legal order...* »¹²⁶².

444. Le critère du destinataire individuel affecte les ordres juridiques français et de l'Union de deux manières. La jurisprudence du Conseil d'État français n'a pas présenté aussi clairement que la Cour de justice les indices employés pour identifier les destinataires des obligations conventionnelles (§ 1). En toute hypothèse, le recours à cette condition d'invocabilité, même rigoureusement appliquée, peine à convaincre. En effet, le fait que l'État français ou l'Union européenne soit le destinataire d'une norme conventionnelle ne constitue pas, au contraire de ce que veut ce critère, un fondement valable de l'inaptitude de ses prescriptions à lier leurs autorités normatives (§ 2).

¹²⁶¹ Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », préc., pp. 160-161.

¹²⁶² Ramses A. WESSEL, « Reconsidering the relationship between international and EU law : towards a content-based approach? », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 15. Traduction : « la question peut pertinemment être posée de savoir si le critère de l'«affectation de la situation juridique des individus» – à laquelle semble subordonné l'effet direct – ne viderait pas virtuellement de leur substance les effets juridiques d'une grande partie du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne ».

§1. L'identification confuse du destinataire de l'obligation conventionnelle

445. Un voile d'incertitude nimbe la méthode d'interprétation employée par le Conseil d'État pour définir le sujet d'une norme conventionnelle. Ce flottement était d'ailleurs regretté par le Commissaire du gouvernement Scanvic à l'occasion de l'arrêt *Bouilliez*¹²⁶³, lorsqu'il expliquait que la jurisprudence du Conseil d'État « *apparaît souvent pragmatique et est de ce fait en général peu nourrie de considérations théoriques* »¹²⁶⁴. On peine à considérer que les accords internationaux qui se sont vus opposer un défaut d'effet direct sur le fondement du critère subjectif ne concernent en rien les individus. Dans son arrêt *Bouilliez*, le Conseil d'État juge que la Convention de la Haye de 1954 sur la procédure civile¹²⁶⁵ ne crée que « *des obligations entre États signataires* »¹²⁶⁶. Pourtant, l'arrêt *Lagrand* de la Cour internationale de Justice a reconnu que la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹²⁶⁷, qui porte sur le même objet, « *crée des droits individuels* »¹²⁶⁸. Partant, Hélène Tigroudja a souligné que « *dans l'ordre juridique interne, il est difficile de soutenir que les normes internationales définissant les conditions selon lesquelles est organisée la protection consulaire des ressortissants, de leur famille et de leurs biens à l'étranger, ne concernent pas ces particuliers* »¹²⁶⁹.

446. Les incertitudes suscitées par les méthodes d'identification du destinataire de la règle conventionnelle employées par le Conseil d'État se trouvent de surcroît renforcées par l'heureux abandon du critère rédactionnel consacré par la jurisprudence *GISTI et FAPIL*¹²⁷⁰. Celui-ci pêchait par son caractère excessivement formaliste, mais permettait en retour de déterminer avec certitude celles des stipulations conventionnelles qui seraient considérées comme ne prenant pas les individus pour destinataires¹²⁷¹. Au lieu du « *dépeçage* »¹²⁷² de

¹²⁶³ CE, sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, préc.

¹²⁶⁴ Frédéric SCANVIC, « La place de l'individu au regard des conventions internationales », Conclusions sur CE, 29 janvier 1993, *M^{me} Josefa Bouilliez*, préc., p. 797.

¹²⁶⁵ Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile, *JORF*, 20 septembre 1959, pp. 9420-9423.

¹²⁶⁶ CE, sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, préc.

¹²⁶⁷ Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

¹²⁶⁸ CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand – Allemagne contre États Unis*, *Rec. CIJ*, p. 466, § 77.

¹²⁶⁹ Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », préc., p. 164.

¹²⁷⁰ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

¹²⁷¹ Si la rédaction d'une stipulation fait toujours partie du faisceau d'indices permettant de désigner le destinataire de la norme conventionnelle, il ne constitue plus un critère autonome de son effet direct, V. Yann AGUILA, « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune*

l'effet direct auquel conduisait la recherche de l'intentionnalité des parties article par article, le Conseil d'État devrait selon toute vraisemblance s'aligner sur la méthode télé-systématique employée par la Cour de justice de l'Union¹²⁷³. Cette méthode conduit à désigner un destinataire unique pour la globalité de l'instrument international¹²⁷⁴. Cette approche globalisante du critère subjectif de l'effet direct adoptée par la Cour de justice est manifeste dans l'arrêt *Intertanko*, à l'occasion duquel les parties contractantes ont été désignées comme étant les destinataires exclusifs de la Convention de Montego Bay¹²⁷⁵ ; ainsi que dans l'affaire *Air transport association of America*, à la faveur duquel l'accord "Ciel ouvert" a au contraire été analysé comme étant dans son ensemble susceptible de générer des droits et obligations dans le chef des particuliers¹²⁷⁶.

447. Mais l'inexpérience du Conseil d'État français concernant cette technique d'interprétation laisse prévoir, au moins dans les premiers temps de son application, un certain aléa dans les appréciations relatives au critère de l'aptitude du traité à créer des droits. Il ressort d'ailleurs des premières suites de l'arrêt *GISTI et FAPIL* un certain manque de rigueur dans l'application du critère subjectif. Dans l'arrêt *promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, le Conseil d'État juge que les stipulations de l'article 15 de la Charte sociale

de Groslay, préc. ; Pour une analyse des motifs et des conséquences de l'abandon du critère rédactionnel, V. *supra*, Titre 1, chapitre 2, section 2, §2, A, 2, b), i).

¹²⁷² L'expression est empruntée à Carlo SANTULLI, (« Chronique de droit international (année 2008) », préc., p. 145).

¹²⁷³ Pour une analyse exhaustive de l'adhésion du Conseil d'État à la méthode téléo-systématique pour examiner la satisfaction du critère subjectif de l'effet direct, V. *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 2), b).

¹²⁷⁴ Pieter Jan KUIJPER, « The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo Cannizzaro (dir.) *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, op. cit., p. 260. Pour une présentation du critère subjectif comme étant une conditionnalité de l'effet direct de l'accord international pris dans son ensemble, et non de l'effet direct de chacune des stipulations qui en relèvent, V. *supra*, Titre 1, chapitre 2, section 2, § 2, A, 2, b), ii.)

¹²⁷⁵ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 45. L'analyse de la Cour selon laquelle la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer n'a pas vocation à créer de droits dans le chef des particuliers est contestée en doctrine. Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE juge « très formaliste » l'approche retenue par la Cour du rôle de l'État du pavillon, indiquant que celle-ci « semble oublier que dans de très nombreux cas les conventions confèrent des droits aux personnes physiques et morales en raison de leur nationalité ou de leur lieu d'incorporation et que ce ne sont pas là des raisons suffisantes pour dénier de l'invocabilité de tels droits », (« L'effet direct des accords internationaux », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., pp. 637-657 (649-650)) ; V. également, Julianne KOKOTT, « International Law – A neglected « integral » part of the EU legal order? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., pp. 60-83 (79).

¹²⁷⁶ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 53.

européenne¹²⁷⁷, dépourvues d'effet direct, « ont pour objet exclusif de régir les relations entre États »¹²⁷⁸. L'individu n'est donc pas destinataire de cette stipulation. Mais il eut été sans doute été plus conforme à l'esprit de l'arrêt *GISTI et FAPIL* de ne faire appel au critère subjectif que pour exclure l'effet direct de l'intégralité de la Charte. La haute juridiction administrative doit veiller à rester sur le terrain de la complétude pour opérer le filtrage *in casu* de l'invocabilité des stipulations conventionnelles. À l'incertitude de l'invocabilité des normes internationales générée par l'abandon du critère rédactionnel, s'ajoute donc le risque du maintien de la fragmentation par le critère subjectif de la justiciabilité des différentes stipulations d'un accord international. Ce fractionnement est d'ailleurs devenu réalité depuis l'arrêt *Commission paritaire nationale des Chambres des métiers et de l'artisanat*¹²⁷⁹, à l'occasion duquel le Conseil d'État a jugé que l'article 24 de la Charte ne régir pas les relations entre États et produit par conséquent un effet direct. Si le Conseil d'État français souhaite se placer dans le sillage de la Cour de justice dans une perspective qui ne soit pas seulement celle d'un alignement nominaliste, il est nécessaire qu'il admette que le critère subjectif ne peut être sollicité que pour évincer la justiciabilité d'un acte conventionnel dans son ensemble. Dès lors il eut été préférable que la haute juridiction administrative oppose à l'article 15 de la Charte sociale européenne un défaut d'effet direct en ce qu'il s'insère dans un engagement international ayant pour objet exclusif de régir les relations entre États.

448. Néanmoins, une telle solution ne serait également pas à l'abri de tout reproche. Soutenir, comme le fait le Conseil d'État dans l'arrêt *promotion sociale des aveugles et des amblyopes*¹²⁸⁰, que la Charte sociale européenne ne concerne ni de près ni de loin les ressortissants des États parties relève de la fiction. Il peut certes être soutenu que les stipulations qu'elle comporte revêtent un caractère programmatique et souffrent par là d'une force invalidante réduite du fait de leur imprécision. Mais la Charte sociale européenne n'en demeure pas moins une convention de protection des droits fondamentaux qui ne peut en cette qualité être analysée comme dénuée de tout lien avec les individus. La Cour suprême hollandaise a par exemple reconnu dès 1986 l'effet direct de l'article 6, paragraphe 4 de la

¹²⁷⁷ Charte sociale européenne (révisée), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999, disponible sur internet : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=163&CL=FRE>.

¹²⁷⁸ CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc., pt. 8.

¹²⁷⁹ CE, 10 février 2014, *Commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat*, préc.

¹²⁸⁰ CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc.

charte sociale européenne, qui ne contient pas d'obligations claires d'édicter une législation d'implémentation, ce qui rendait son application directe possible¹²⁸¹.

449. Le système juridique hollandais a contourné les illogismes procédant de l'application du critère subjectif de l'effet direct en faisant le choix de postuler que les accords internationaux ont vocation à affecter la situation juridique des particuliers. Pour les juridictions hollandaises, seul le contenu des stipulations conventionnelles est opérationnel pour juger de leur invocabilité, à moins qu'il puisse être prouvé que les États contractants ont convenu de ne pas donner d'effet direct à la disposition concernée¹²⁸². Cette position conduit à aligner le régime de l'invocabilité du droit international général sur celui du droit de l'Union¹²⁸³. Autrement dit, elle présume la satisfaction du critère subjectif et conduit, en transposant la jurisprudence *Van Gend en Loos*¹²⁸⁴ de la Cour de justice, à ne contrôler que la complétude de la stipulation conventionnelle invoquée.

450. Les méthodes d'interprétation employées par le Conseil d'État pour examiner le destinataire d'une prescription conventionnelle génèrent donc un aléa regrettable auquel il conviendrait de remédier en s'alignant sur les techniques employées par la Cour de Luxembourg. À cette critique s'inscrivant dans un registre pratique, relative au manque de prévisibilité de la justiciabilité des normes dont les particuliers se saisissent, s'ajoute sur un terrain plus théorique la désuétude de l'approche contractuelle du droit conventionnel adoptée par le Conseil d'État et la Cour de justice.

¹²⁸¹ Hoge raad, 30 mai 1986, *Nederlands Spoorwegen v. Vakbonden*, *Rechtspraak van de Week*, NYIL, 1987, p. 389.

¹²⁸² André NOLKAEMPER, « The Netherlands », in David SLOSS et Derek JINKS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, op. cit., pp. 326-370.

¹²⁸³ Hoge Raad, 30 mai 1986, *Nederlandse Spoorwegen contre Vakbonden*, *Rechtspraak van de Week*, préc. Selon Saïda EL BOUDOUHI, cette assimilation du régime de l'invocabilité du droit de l'Union européenne et du droit conventionnel international permet de qualifier la juridiction interne hollandaise de « *juge de droit commun du droit international* », (« Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », préc., p. 378). Cette qualification appelle toutefois quelques réserves, dans la mesure où le droit international conventionnel ne dispose pas d'une procédure équivalente au renvoi préjudiciel communautaire. De sorte que l'authenticité de l'interprétation de la règle conventionnelle n'est pas garantie, alors que l'authenticité de l'interprétation du droit communautaire appliqué par les juridictions nationales des États membres conditionne leur qualité de juge de droit commun du droit communautaire, (V. Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, op. cit., pp. 73-114). Conséquemment, la juridiction hollandaise peut en toute rigueur être désignée comme juge de droit commun du droit international, tel qu'interprété dans l'ordre juridique hollandais ; autrement dit, du droit hollandais d'origine internationale.

¹²⁸⁴ CJCE, 5 février 1963, *V Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, préc.

§ 2. La France et l'Union européenne, débiteurs de toute obligation conventionnelle

451. Les autorités législatives et infra-législatives françaises et de l'Union, sont tenues de respecter les règles conventionnelles qui lient les ordres juridiques dont elles relèvent en vertu des articles 55 de la Constitution de 1958 et 216, paragraphe 2 du TFUE. L'inaptitude de ces règles à produire des droits subjectifs dans le chef des individus ne devrait pas avoir vocation à les soustraire de cette obligation. Jean Matringe remarque ainsi qu'il n'est pas possible de soutenir que le ressortissant d'un État lié par un traité « *puisse n'avoir rien à voir avec une stipulation conventionnelle qui ne vaudrait que dans l'ordre interétatique dans la mesure où, précisément, son insertion dans le bloc de légalité le transforme en norme dont le requérant a le droit de demander le respect dans la logique de notre contentieux de la légalité* »¹²⁸⁵.

452. Les institutions de l'État français comme de l'Union européenne sont en effet formellement liées par toutes les obligations conventionnelles en vigueur dans leur ordre juridique (A). La circonstance qu'un accord international régisse les relations entre ses parties n'est pas de nature à dissoudre les obligations qu'il impose à ces autorités publiques (B).

A. Les autorités normatives formellement liées par l'ensemble du droit conventionnel

453. Pour reconnaître à l'individu le pouvoir de réclamer la sanction juridictionnelle des violations étatiques du droit conventionnel, il est nécessaire de ne pas l'appréhender comme un tiers non concerné par l'acte conventionnel. Or c'est précisément cette approche désuète de la relation entretenue entre l'individu et la source conventionnelle, concrétisée au contentieux par le maintien du critère subjectif, qui fait obstacle à la sanction des actes juridiques contraires aux traités régissant les relations entre États parties. Cet écueil fut mis en évidence par Hélène Tigroudja, lorsqu'elle soutint qu'« *il est certain que le Conseil d'État se comporte comme la Cour permanente de justice internationale en 1928, en se faisant juge d'un contrat*

¹²⁸⁵ Jean MATRINGE, « Note sous Conseil d'État, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)* », préc., p. 941.

international. Or, c'est bien là que se niche la faiblesse dans le raisonnement du juge parce que la transposition en droit interne de la logique contractualiste du juge international le conduit à analyser la position de l'individu selon les mêmes termes que le droit international des traités ou le droit interne des contrats, ce qui ne lui permet pas de rendre compte de manière satisfaisante des effets créés par les engagements internationaux sur la situation juridique des particuliers »¹²⁸⁶. Les fondements de la distinction entre les traités qui ne régissent les seules relations entre États et les traités qui créent des droits au bénéfice des individus paraissent en effet friables.

454. Gaëlle Dumortier a soutenu que toute règle conventionnelle crée des obligations à charge des autorités publiques dans l'ordre interne, soulignant « *qu'une convention internationale, qu'elle soit ou non d'effet direct, est susceptible, quoique dans une mesure variable, de contraindre le comportement normatif interne des autorités publiques* »¹²⁸⁷. Le Rapporteur public reprend à son compte l'analyse de Marcel Waline qui remarquait, dans ses observations relatives à l'arrêt *Dame Kirkwood*¹²⁸⁸, que les traités figurent « *incontestablement au nombre [...] des règles de droit qui s'imposent au respect de toutes les autorités publiques* »¹²⁸⁹. Gaëlle Dumortier invite de cette manière le Conseil d'État à reconnaître aux normes conventionnelles cette force contraignante propre à la règle juridique qui lui permet de lier l'action normative des autorités publiques en vertu du principe de légalité¹²⁹⁰.

455. Dans notre optique dualiste, cet argument centré sur l'assimilation du droit conventionnel au droit interne, qui entend lui attacher les mêmes effets apparaît des plus convaincants. La dissociation formelle de l'acte conventionnel produisant des effets dans l'ordre international et du droit conventionnel d'origine internationale retirant sa validité de la Constitution et produisant des effets dans l'ordre interne implique la subordination des autorités normatives au second. Dès 1936, le juge Asser jugeait dans la sentence arbitrale de *la Compagnie d'électricité de Varsovie* qu'« *un traité régulièrement conclu est source de droit objectif dans les États contractants, ayant force obligatoire tant dans chacun desdits*

¹²⁸⁶ Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », préc., p. 164.

¹²⁸⁷ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc., p. 551.

¹²⁸⁸ CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, préc.

¹²⁸⁹ Marcel WALINE, « Note sous CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood* (R.D.P., 1952) », in *Notes D'arrêts de Marcel Waline*, T. 1, Paris, Dalloz, 2004, pp. 549-551 (550).

¹²⁹⁰ Georges VEDEL, Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 1984, p. 373.

*États que sur le terrain international, même dans les cas où les règles dudit traité seraient en contradiction avec les lois nationales antérieures ou postérieures à sa conclusion »*¹²⁹¹.

456. Le droit international étant analysé dans cette étude en qualité de droit interne retirant sa validité des articles 55 de la constitution de 1958 et 216, paragraphe 2 du TFUE, force est d'admettre avec Marie Gautier qu'« *une fois franchi l'obstacle de l'applicabilité, ne demeure que la prescription de comportement que le juge est alors chargé de faire respecter par ceux sur lesquels elle pèse* »¹²⁹². Autrement dit, dans l'ordre juridique international, le traité peut être analysé comme un contrat créant des obligations synallagmatiques dont la méconnaissance par une des parties est susceptible d'engager sa responsabilité internationale. Cependant, une telle analyse ne peut être reconduite dans l'ordre interne où les juges donnent effet à des prescriptions matériellement internationales mais formellement internes. Les articles 216, paragraphe 2 du TFUE et 55 de la Constitution de 1958 – clauses de réception générale des règles conventionnelles dans les ordres juridiques de l'Union et français – organisent en effet « *un mécanisme de création du droit interne* »¹²⁹³. De sorte que le Conseil d'État et la Cour de justice n'appliquent pas l'acte conventionnel international, mais une règle formellement interne de même énoncé. L'analyse contractualiste est dès lors inappropriée tant que l'examen du critère subjectif n'est pas requis par la clause constitutionnelle de réception du droit conventionnel. En définitive, les différences structurelles des ordres juridiques interne et international justifient qu'une même norme produise différents effets dans différents ordres juridiques. Et, comme le relève Enzo Cannizzaro, la méthodologie du juge appelée à donner effet à une norme d'origine internationale, doit certes faire état des dynamiques de l'ordre juridique d'origine de cette norme – notamment par une prise en considération des interprétations internationales – mais elle ne doit en revanche pas conduire à reproduire dans l'ordre interne son degré d'(in)effectivité¹²⁹⁴.

¹²⁹¹ Sentence Arbitrale, *Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie (fond) (France contre Pologne)*, 23 mars 1936, Amsterdam, *RSA*, Vol. III, p. 1689-1699.

¹²⁹² Il convient de préciser que l'auteure n'adopte pas une approche dualiste des rapports entre droit international et droit étatique pour parvenir à cette conclusion. Mais la jurisprudence du Conseil d'État est tout autant problématique si les rapports entre ordre juridique français et droit international sont analysés comme relevant d'un monisme tempéré, (Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 561).

¹²⁹³ Carlo SANTULLI, *le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, op. cit., p. 87.

¹²⁹⁴ Enzo CANNIZZARO explique ainsi que « *due to the structural differences among legal orders, similar or identical provisions produce different effects in different orders. A correct methodology aimed at preserving the nature of international law in its domestic implementation must be based on the assumption that international provisions also typically establish domestic rules enforceable the domestic legal orders of the States concerned. [...] Indeed, it is one thing to assume that domestic implementation must reproduce internally the normative*

457. Le Conseil d'État a pourtant maintenu son choix de se considérer comme juge du contrat international dans son arrêt *GISTI et FAPIL*¹²⁹⁵. La prise en considération du fait que la stipulation invoquée n'ait pas « *pour objet exclusif de régir les relations entre États* » pour lui attribuer l'effet direct invoquée traduit à cet égard le maintien de l'approche contractualiste de cette source du droit interne. Cette position s'inscrit dans la continuité des jurisprudences *Foster contre Neilson*¹²⁹⁶ et *compétence des tribunaux de Dantzig*¹²⁹⁷, selon lesquelles la seule prescription procédant des engagements internationaux réside par principe dans une obligation contractuelle pesant sur les États parties. Aurélie Bretonneau et Xavier Domino observe que, de cette manière, pour les juges du Palais Royal, « *la notion d'effet direct serait aux conventions internationales ce qu'est, mutatis mutandis, la notion de "clause réglementaire" aux contrats classiques* »¹²⁹⁸.

458. La position de la Cour de justice souffre du même illogisme. En effet, considérer que « *la nature et l'économie* » d'un accord international puissent faire obstacle à l'examen de la validité du droit dérivé à l'aune de ses prescriptions, lorsque celles-ci ont pour objet de créer des obligations entre les parties contractantes, équivaut à exclure celles-ci des sources du droit formel de l'ordre juridique de l'Union¹²⁹⁹. Ne pas intégrer un accord international dans la chaîne de validité de l'ordre juridique de l'Union, en réfutant sa sanctionabilité par les

dynamics of international law ; it is quite another to assume that domestic law must reproduce internally the degree of effectiveness of international rules », (« The neo-monism of the European Union legal order, in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 55). Traduction : « En raison des différences structurelles des ordres juridiques, des dispositions similaires ou identiques produisent des effets variables dans ces ordres distincts. Une bonne méthodologie qui permettrait de préserver la nature du droit international dans sa mise en œuvre en droit national doit être fondée sur le présupposé que les prescriptions internationales établissent généralement des règles nationales susceptibles comme telles d'être mises en œuvre dans les ordres juridiques internes des États concernés. [...]. En effet, c'est une chose de penser que la mise en œuvre nationale doit reproduire les dynamiques normatives du droit international ; c'en est une autre de considérer que le droit interne doit reproduire en dans l'ordre interne le degré d'effectivité des règles internationales ».

¹²⁹⁵ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

¹²⁹⁶ Cour suprême américaine, 9 mars 1829, *Foster versus Neilson*, préc. ; l'approche contractualiste de la Cour suprême n'apparaissait alors guère fidèle à l'esprit de l'article VI de la Constitution américaine qui dispose que « *la présente Constitution ainsi que les lois des États-Unis qui seront faites en conséquence et tous les traités faits sous l'autorité des États-Unis constituent la loi suprême du pays et seront obligatoires pour tous les juges dans chaque État, et cela nonobstant des dispositions contraires insérées dans la Constitution ou dans les lois de l'un quelconque des États* ».

¹²⁹⁷ CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Rec. CPJI, série B, p. 15.

¹²⁹⁸ Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Les aléas de l'effet direct », préc., p. 939.

¹²⁹⁹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt. 53.

juridictions internes, revient en effet à cantonner le déploiement de ses effets juridiques à l'ordre international¹³⁰⁰.

B. L'effet réflexe des obligations conventionnelles

459. Les développements qui suivent partent de la prémisse précédemment présentée – non admise par le Conseil d'État et la Cour de justice – selon laquelle tout accord international impose des obligations à charge des autorités publiques des parties contractantes¹³⁰¹. Il s'agit d'établir dans quelle mesure l'existence de telles obligations induit la reconnaissance du droit des personnes privées d'obtenir la sanction juridictionnelle de leur violation.

460. La norme qui vise un destinataire principal peut cependant produire des effets juridiques sur d'autres personnes juridiques. Lorsque l'État est titulaire d'une obligation, la personne privée se trouve titulaire d'un droit corrélatif. Depuis Kelsen, ce droit corrélatif est appelé droit réflexe. Il a ainsi affirmé ainsi dans sa *théorie pure du droit* que le droit et l'obligation ne sont qu'« *une seule donnée. La donnée en question est saisie et décrite [...] quand on affirme l'obligation de l'individu (ou des individus) de se conduire à l'égard d'un autre individu de telle façon déterminée. [...] Si l'on appelle droit la relation d'un individu à l'égard duquel un autre individu est obligé à une certaine conduite, ce droit n'est qu'un "réflexe" de cette obligation* »¹³⁰².

461. Transposée à la relation juridique État/personne privée, cette théorie induit que la création d'une obligation à charge de l'État par une convention internationale produit au contentieux différents effets réflexes dont les personnes privées devraient, en toute logique, pouvoir demander l'application¹³⁰³. Denys Simon ne disait pas autre chose en affirmant, à propos du droit de l'Union, qu'« *en imposant des obligations aux États membres, les traités*

¹³⁰⁰ Ce procédé est toutefois justifié lorsqu'il exclut l'applicabilité des accords internationaux fondés sur le principe de réciprocité et d'avantages mutuels, et qui souffrent d'un défaut d'application juridictionnelle. Mais c'est alors le défaut d'applicabilité, et non d'effet direct, de ces règles qui les privent de l'invocabilité. Ce raisonnement a permis d'écarter l'invocabilité des règles OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne, V. *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 3.

¹³⁰¹ Ce Paragraphe, A.

¹³⁰² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 134.

¹³⁰³ On pense bien sûr aux effets d'interprétation, d'éviction et de réparation traditionnellement attachés aux directives dans la jurisprudence du Conseil d'État, *in* Denis ALLAND, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *préc.*, p. 234.

font naître, par une sorte d'« effet réflexe », des droits au profit des individus, qui doivent pouvoir exiger que le respect des obligations souscrites par les États membres soit assuré par les tribunaux nationaux »¹³⁰⁴. Ces « effets réflexes », susceptibles de garantir la conformité du comportement des autorités étatiques à la règle de l'Union, sont « principalement et de façon schématique, les effets d'interprétation, d'exclusion et de réparation »¹³⁰⁵.

462. Rien n'empêche ici d'étendre sa réflexion au droit conventionnel international¹³⁰⁶. Une obligation conventionnelle pesant sur un État ne donne pas nécessairement naissance à un droit subjectif au bénéfice du particulier dès lors que celle-ci ne comporte pas « quelque chose à laquelle celui-ci a intérêt ». Mais la sanction de la violation de cette obligation conventionnelle, si la relation entretenue entre l'État et le particulier est entendue comme du droit, doit pouvoir être sollicitée par ce particulier jouant alors le rôle de gardien de la légalité. Carlo Santulli abonde en ce sens lorsqu'il remarque qu'en vertu des articles 14 et 15 du préambule de 1946, « lorsque l'engagement international ne pèse que sur l'État (absence d'effet direct), le pouvoir de l'État n'en est pas moins lié, ce qui devrait permettre de censurer les décisions étatiques incompatibles avec les engagements internationaux souscrits, et exclure la censure des décisions destinées à s'y conformer »¹³⁰⁷. Un tel droit à la sanction des violations institutionnelles des obligations conventionnelles ne peut toutefois être invoqué que dans les contentieux objectif ayant pour fonction le maintien de la légalité : le recours pour excès de pouvoir, les recours en annulation formés par les requérants privilégiés et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

* *
*

¹³⁰⁴ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 388.

¹³⁰⁵ Bérangère TAXIL, « La personne, entre ordre international et ordre européen : y a-t-il une spécificité du statut de l'individu en droit européen ? », préc., p. 168.

¹³⁰⁶ Bérangère TAXIL, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, op. cit., p. 410.

¹³⁰⁷ Carlo SANTULLI, « Chronique de droit international (année 2008) », préc., p. 146.

463. Conclusion de chapitre : Le Conseil d'État comme la Cour de justice de l'Union n'ont pas dissocié l'invocabilité des accords internationaux de leur effet direct. Cette position affecte la cohérence des conditions d'invocabilité des normes qui composent les ordres juridiques français et de l'Union. Ce schisme entre le régime de l'invocabilité du droit d'origine interne et du droit d'origine internationale crée une nouvelle forme de "dualisme", dans lequel l'admission de l'effet direct joue un rôle équivalent à celui attribué à l'édition d'une loi reprenant les termes d'une norme conventionnelle dans un système ayant adhéré à la doctrine de la transformation : elle conditionne l'accès de la norme conventionnelle à un traitement juridictionnel équivalent à celui réservé les règles internes. Cette réminiscence du dualisme au sein des ordres juridiques français et de l'Union n'emporte pas conviction car ils ont opté pour la doctrine de l'incorporation, selon laquelle la norme conventionnelle dûment ratifiée et publiée est valide. Cette validité des accords internationaux s'accompagne normalement d'effets juridiques présentées par Edouard Dubout en ces termes : « [a]ppartenir à un ordre juridique signifie acquérir d'une part la qualité même de norme juridique conférée par cet ordre, mais aussi les propriétés inhérentes à l'ensemble des normes de cet ordre »¹³⁰⁸. Or le défaut d'effet direct des règles conventionnelles les prive précisément de certaines propriétés inhérentes à l'ensemble des normes de cet ordre, à savoir l'aptitude à conditionner la validité des normes de rang inférieur. Une fois transformée en droit interne par le biais de sa réception constitutionnelle, le droit d'origine internationale devrait voir son invocabilité examinée selon des techniques identiques à celles employées pour le droit d'origine interne¹³⁰⁹. L'harmonisation des conditions d'invocabilité des normes internes aurait des implications distinctes dans les ordres juridiques français et de l'Union. Le juge français de l'excès de pouvoir serait tenu de renoncer à tout filtrage opéré sur la base des conditionnalités de l'effet direct, applicabilité et invocabilité devant être consubstantielles dans la jurisprudence du Conseil d'État français¹³¹⁰. La Cour de justice pourrait quant à elle maintenir le critère objectif qui conditionne l'invocabilité du droit de l'Union d'origine interne¹³¹¹. En se refusant à un tel alignement, les juridictions françaises et de l'Union prennent la voie de la balkanisation de l'ordre juridique. Au-delà de cette atteinte à la cohérence des composantes

¹³⁰⁸ Edouard DUBOUT, « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, op. cit., p. 44.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹³¹⁰ Elise CARPENTIER, « Le juge administratif et la charte constitutionnelle de l'environnement », préc., p. 462.

¹³¹¹ Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., pp. 382-385.

normatives de l'ordre juridique, la conditionnalité d'effet direct remet également en cause la fonction des voies de droit permettant la contestation de la légalité des actes français et de l'Union européenne.

Chapitre 2 : La fonction des procédures de contrôle de la légalité dénaturée par l'effet direct

464. L'effet direct est un critère d'invocabilité contesté dans les procédures juridictionnelle de garantie de la légalité. Ces procédures regroupent l'ensemble des voies de droit qui permettent d'obtenir la sanction de la violation de la légalité « *qui n'est rien d'autre que la conformité aux normes juridiques supérieures* »¹³¹². La simple qualité de norme juridique valide, en vertu de la force obligatoire qui s'y attache¹³¹³, apparaît suffisante pour qu'une prescription puisse conditionner la validité de règles de rang inférieur de son ordre juridique d'appartenance. Or, cette validité n'étant pas l'apanage des normes porteuses de droits subjectifs¹³¹⁴, l'effet direct apparaît de prime abord en inadéquation avec toutes les procédures à la faveur desquelles la Cour de justice ou le Conseil d'État français opèrent un contrôle de légalité. Ce serait toutefois méconnaître la polymorphie des voies de droit occasionnant un tel contrôle.

465. Pour apprécier le bien-fondé de l'application du filtre de l'effet direct, il convient en effet de différencier les contentieux de la légalité objectifs des contentieux de la légalité subjectifs¹³¹⁵. En effet, la dualité fonctionnelle des déclinaisons du contentieux de la légalité

¹³¹² Denys DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 34.

¹³¹³ La force obligatoire correspond à l'aptitude de toute norme valide à conditionner la validité des normes de rang inférieur relevant de son ordre juridique d'appartenance.

¹³¹⁴ L'effet direct indique en effet l'aptitude d'une norme internationale à produire un droit dont les personnes privées peuvent se prévaloir devant les juridictions internes. V. en ce sens Gerhard BEBR, « Agreements concluded by the Community law and their possible direct effect : from international fruit company to Kupferberg », *CML Rev.*, 1983, pp. 35-73 ; Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, op. cit., p. 201 ; Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 375 ; Béangère TAXIL, « Les normes internationales », in Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Pascale GONOD (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, op. cit., p. 444.

¹³¹⁵ Cette dichotomie a été l'objet de critiques. Elles furent initiées par Georges SCELLE qui affirmait dans son cours de droit public que dans tous les contentieux, « *le rôle du juge est le même, et c'est, toujours, de résoudre une question de légalité objective. Cela va de soi si l'on remarque que la validité d'un acte, même prétendument subjectif, dépend toujours d'une question de légalité, puisqu'elle porte sur le point de savoir si une compétence a été régulièrement ou non utilisée* », (*Cours de principes de droit public : rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Scelle*, Paris, Les cours de droit, 1945, p. 169). Ces critiques ont par la suite été relayées par Fabrice MELLERAY, et entendent démontrer « *le caractère objectif de tout contentieux* », (« Les actions en justice », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 545). Elles partent du constat que les droits subjectifs prennent source dans le droit objectif. Pierre DELVOLVE remarque ainsi que « *[l]a définition des droits subjectifs fait ainsi référence au droit objectif, qui les fonde et les garantit. S'il existe des droits subjectifs en droit administratif, celui-ci en tant que droit objectif, contribue à leur mise en œuvre* », (« Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », *les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, Paris,

offre ou non une justification à la conditionnalité d'effet direct selon que leur fonction dominante réside dans la défense des droits subjectifs des administrés ou la sauvegarde de la hiérarchie des normes. Les normes susceptibles d'être sollicitées à l'appui d'une requête n'ont pas vocation à être identiques selon que le juge apprécie si le droit est violé, ou si les droits du justiciables sont violés¹³¹⁶. Pour les distinguer, Jean-Marc Whoerling remarque qu'« *on pourrait dire que le modèle du contentieux objectif part des obligations de l'administration afin de déterminer les obligations qui sont dues au citoyen. Le modèle du contentieux subjectif part de prétentions légales du citoyen pour déterminer les obligations de l'administration* »¹³¹⁷. En désignant les litiges qu'il est tenu de trancher, le juge dessine tacitement la consistance de son office¹³¹⁸. Le recours en annulation de l'article 263 du TFUE, dont la recevabilité est conditionnée à la lésion d'un droit, doit ainsi être classé dans le contentieux subjectif¹³¹⁹. Les voies de droit dans lesquelles les justiciables sont admis à justifier d'un simple grief factuel pour que leur requête soit jugée recevable s'insèrent quant à eux dans le contentieux objectif¹³²⁰. La condition de l'intérêt à agir qui vise avant tout à éviter l'engorgement du prétoire et à préserver la stabilité de l'ordre juridique, n'a pas vocation à subjectiviser un contentieux visant le rétablissement de la légalité.

Litec, 2011, pp. 3-10 (4)). Fabrice Melleray en tire pour conséquence logique que « *chaque litige porte sur la violation d'une ou plusieurs normes* », (Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, p. 213). Cette position doctrinale d'inspiration normativiste ne saurait toutefois pas masquer les différences de fonction qui clivent les contentieux objectif et subjectif. Il est certes vrai qu'à l'inverse de ce que put soutenir Léon Duguit en raison de son refus de se rallier aux thèses normativistes, le contentieux subjectif accueille des rapports de compatibilité normative. Mais cela n'en retire pas pour autant la différence d'objet de cet examen, justement révélé par ses conditions de recevabilité : l'un vise le rétablissement du droit méconnu, l'autre poursuit la protection des droits lésés. Si l'on admet les conditions de recevabilité comme point d'ancrage de la distinction, une approche normativiste telle que celle préconisée par Georges Scelle ne peut masquer la différence des fonctions des contentieux objectif et subjectif.

¹³¹⁶ Maurice HAURIUO écrivait, à propos du contentieux subjectif, que « *le débat de fond évoque [...] non pas comme dans le recours pour excès de pouvoir la question objective d'un vice de l'acte de l'administration, mais la question subjective d'un droit du réclamant. Le réclamant avait-il un droit et ce droit est-il violé ?* », (*Les éléments du contentieux*, recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1905, p. 23).

¹³¹⁷ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 297-322 (299).

¹³¹⁸ Jean-Marie WOEHLING cible les conditions de recevabilité comme caractéristique fondamentale de distinction de ces formes de contrôle juridictionnel des autorités normatives : « *dans le contentieux objectif, il faut se prévaloir d'un droit subjectif; dans le contentieux objectif, il faut seulement invoquer un intérêt suffisamment légitime et spécifique* », (*ibid.*, p. 301).

¹³¹⁹ Paul CASSIA observe ainsi que « *les juridictions communautaires, au-delà de la simple lésion d'un intérêt, recherchent si le requérant dispose d'un droit, et invoque la violation de ce droit qu'il détient et peut faire valoir à l'encontre de l'institution dont émane l'acte attaqué, pour déclarer recevable un recours en annulation* ». (*L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Dalloz, nouvelles bibliothèques des thèses, 2002, p. 544).

¹³²⁰ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n°229.

466. Les procédures objectives de garantie de la légalité sont les voies de droit ayant pour fonction principale le rétablissement de la légalité froissée. La sanction de l'illégalité à laquelle cette action est susceptible de conduire peut corrélativement y provoquer la réalisation d'un intérêt juridiquement protégé. Mais la sauvegarde des droits des requérants, ou des parties au litige devant le juge *a quo*, n'est alors qu'un effet incident de la sanction de l'insubordination normative. Tout élément du droit objectif doit en conséquence pouvoir y constituer la base d'une annulation. Le recours pour excès de pouvoir, les recours en annulation formés par des requérants privilégiés¹³²¹ sont des actions en justice qui s'inscrivent dans le contentieux objectif de la légalité. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, procédure non contentieuse de coopération juridictionnelle créée pour permettre aux juridictions nationales d'inviter la Cour de justice à contrôler la légalité des actes unionnaires, répond également à cette définition. L'invocabilité des normes conventionnelles dépourvues d'effet direct, c'est-à-dire non porteuses de droits, ne sauraient par conséquent s'en trouver exclue.

467. Au contraire, le contentieux subjectif de la légalité vise la protection des droits des requérants par le rétablissement de la légalité. Les normes de référence y étant invoquées doivent en conséquence être susceptibles de protéger les droits des requérants, ce qui rend inévitable l'établissement de leur effet direct. Analogue au contentieux de la légalité administrative germanique, le recours en annulation de l'Union européenne répond à ce modèle¹³²². L'assujettissement de la recevabilité des requêtes à la lésion d'un droit subjectif est l'indice déterminant du caractère subjectif de la voie de droit.

¹³²¹ Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, T. 2, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd. 1984, p. 130 ; Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, *op. cit.*, pp. 29-383. La Cour de justice et le Conseil d'État français ont détaché l'invocabilité de l'effet direct dans les recours en annulation et en excès de pouvoir formés par les requérants privilégiés, (CE, ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, *Leb.* p. 287 ; CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, *préc.*). Ces déclinaisons du contentieux de la légalité ne seront donc pas examinées dans ce titre qui se donne pour objet d'analyser l'affectation de sa fonction par la conditionnalité d'effet direct. L'étude de ces formes d'invocabilité détachées de l'effet direct est développée dans la seconde partie. V. *infra*, partie 2, Titre 1.

¹³²² La vocation de l'acte attaqué à fonder des droits subjectifs est parfois sollicitée à cette fin, (Norbert FOULQUIER, « Rapport de synthèse », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloques organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, Paris, Litec, 2011, pp. 231-238 (237)). Elle comprend conséquemment le recours pour excès de pouvoir contre les actes individuels dans le contentieux subjectif et le recours en annulation contre les actes impersonnels dans le contentieux objectif. Pour Gaëlle DUMORTIER, revêtent un « caractère subjectif », les recours « excès de pouvoir, tel est le cas des recours contre les décisions individuelles », (« L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*,

468. Le rôle différencié du droit subjectif dans la reconnaissance de l'invocabilité de la norme dont le requérant allègue une violation, s'impose donc comme la conséquence logique de l'objet fondamentalement distinct de ces deux catégories de voies de droit. Si le requérant, ou le juge *a quo*, allègue une violation du droit objectif, il convient seulement d'établir que la norme est un élément de la légalité applicable. Si le requérant allègue que l'un de ses droits est violé, il convient d'en établir au préalable l'existence. Cela revient à rechercher l'effet direct lorsque se trouve invoqué un droit subjectif conventionnel.

469. Le bien-fondé de l'effet direct est donc tributaire de la fonction des actions en annulation. Son examen est ainsi justifié ou au contraire inopportun, selon qu'il y est procédé dans cadre du recours en annulation ou du recours pour excès de pouvoir (Section 1). L'essence objective du renvoi préjudiciel en appréciation de validité ne peut quant à elle se concilier avec la conditionnalité d'effet direct (Section 2).

Section 1 : Les actions en annulation inégalement adaptées à l'effet direct

470. Le recours en annulation est l'« *homologue* » communautaire du recours pour excès de pouvoir¹³²³. Il n'en est pas pour autant le reflet. La mise en perspective des conditions de recevabilité de ces actions permet à Jean-Claude Bonichot et Francis Donnat de remarquer que « *l'accès au prétoire pour les particuliers souhaitant attaquer un acte normatif est aussi fermé sur le Kirchberg qu'il est ouvert au Palais-Royal* »¹³²⁴. La mission de préservation de la légalité que le juge de l'excès de pouvoir s'attribue est mise en évidence par le libéralisme avec lequel il apprécie de la recevabilité des requêtes depuis l'affaire dite *des coiffeurs de*

n°322326, préc., p. 554). Mais cette méthode qui tend à opposer les règles de droit aux actes créateurs de droit ne saurait satisfaire l'approche normativiste ici adoptée. À ce critère sera donc préféré l'assujettissement de la recevabilité des requêtes à la lésion d'un droit subjectif.

¹³²³ Jean BOULOUIS, Marco DARMON, Jean-Guy HUGLO, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2001, p. 175.

¹³²⁴ Jean-Claude BONICHOT, Francis DONNAT, « Comparaisons et raisons du recours en annulation devant la Conseil d'État et devant la juridiction communautaire », *Gaz. pal.*, 2009, pp. 23-28 (25).

*Limoges*¹³²⁵. La mission de protection des droits des justiciables que s'attribue le juge communautaire de l'annulation est quant à elle mise en exergue par la rigueur avec laquelle il apprécie l'existence du « *lien de droit* »¹³²⁶ entre le justiciable et l'acte attaqué pour juger la recevabilité des requêtes depuis l'affaire *Plaumann*¹³²⁷. Aussi peut-on situer les justices administratives française et de l'Union européenne dans les deux grands paradigmes distincts du contentieux administratif européen. Le recours en annulation s'inscrit dans la « *conception subjective* » dans laquelle Jean-Marie Whoerling explique que « *les tribunaux sont chargés de protéger les droits personnels des citoyens contre l'administration. La finalité du contrôle juridictionnel réside dans cette protection des droits subjectifs des citoyens* ». Le recours pour excès de pouvoir intègre quant à lui « *la conception objective* » dans laquelle « *les tribunaux contrôlent le respect de la loi par l'administration. La finalité du contrôle juridictionnel tient alors dans la bonne application du droit objectif, la soumission de l'administration à la légalité* »¹³²⁸.

471. Ce constat invite à adhérer à la thèse développée par Michel Fromont en 1966 selon laquelle l'influence du droit allemand a façonné le recours en annulation communautaire, dans une opposition avec les traits caractéristiques du recours pour excès de pouvoir, en contentieux subjectif¹³²⁹. Or, ces traits caractéristiques du recours pour excès de pouvoir et du recours en annulation, attirant le premier dans la sphère du contentieux objectif, et le second sur le terrain du contentieux subjectif, s'avèrent décisifs dans l'appréciation du bien-fondé de l'examen de l'effet direct. Marie Gautier observe en ce sens que « *la confusion effet direct/invocabilité peut se comprendre dans les contentieux de légalité dits subjectifs [...]. En revanche, dans le cadre d'un contentieux de l'annulation dit objectif dont la finalité holiste est de veiller au respect par l'administration de la légalité, subordonner l'invocabilité d'une*

¹³²⁵ CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des Patrons-coiffeurs de Limoges*, *Leb.* p. 977, com. Gaston JEZE, *R.D.P.*, 1907, p. 25. Sur cette question, V. également, CE, ass., 12 décembre 2003, *U.S.P.A.C.-C.G.T.-Syndicat C.G.T. des personnels des affaires culturelles*, n°239507, n°245195, *Leb.* p. 508, com. Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2011, n° 33 ; chron. Francis DONNAT, Didier CASAS, « L'intérêt pour agir des unions syndicales et le statut de l'Institut de France », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 199-202.

¹³²⁶ Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, *op. cit.*, p. 518.

¹³²⁷ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co contre Commission européenne*, 25/62, *Rec.* p.199.

¹³²⁸ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 301.

¹³²⁹ Michel FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE », *R.T.D. eur.*, 1966, pp. 47-65 (62).

norme à son effet direct apparaît comme une véritable incongruité »¹³³⁰. Le constat est partagé par Evelyne Lagrange qui, distinguant les systèmes contentieux soumettant la recevabilité des actions à la titularité d'un droit subjectif des contentieux objectifs, affirme que « [1]a première branche de l'alternative a [...] au moins le mérite de la cohérence. La seconde branche de l'alternative introduit au contraire dans le mécanisme du recours en annulation des actes administratifs une forme de dualisme selon l'origine de la norme : aux normes d'origine interne, l'invocabilité sans la nécessité de démontrer la lésion d'un droit subjectif ; aux normes d'origine internationale, l'invocabilité subordonnée à la nécessité de démontrer la lésion d'un droit subjectif international »¹³³¹.

472. Dans le recours en annulation, la vérification de l'effet direct constitue le préalable logique au constat de la violation des droits subjectifs (§ 2). Dans le recours pour excès de pouvoir, un tel examen s'avère dispensable, les règles de droit objectif n'ayant pas nécessairement pour objet de créer des droits (§1).

§ 1. La mise en cause de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir par l'effet direct

473. L'effet direct, c'est-à-dire l'exigence du droit subjectif conventionnellement protégé, cause une déviation fonctionnelle du recours pour excès de pouvoir, changeant l'office du juge du droit en office de juge des droits.

474. L'époque est certes terminée où une simple référence à l'arrêt *Dame Lamotte* suffisait pour, d'un trait de plume, s'assurer du caractère purement objectif du recours pour excès de pouvoir « qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de légalité »¹³³². Les requérants formant un recours pour excès de pouvoir ne sont plus assimilés à un ministère public désintéressé veillant à la sauvegarde de la légalité¹³³³. Une

¹³³⁰ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 564.

¹³³¹ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 464.

¹³³² CE, ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte, Leb.* p. 110.

¹³³³ La chose est bien connue. Le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir a été soutenu par les plus grands juristes de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle. En 1896, Edouard Laferrière le qualifiait ainsi, dans sa classification formelle des voies de droit du contentieux administratif, de « *procès fait à un acte* », (Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.*, p. 561). Dans le cadre de sa classification matérielle des voies de recours – reposant sur la nature de la question posée au juge –

partie de la doctrine contemporaine, à laquelle nous ne nous rallierons pas, s'attache d'ailleurs à démontrer qu'un mouvement général de subjectivisation du droit administratif retire toute pertinence à l'approche objective du recours pour excès de pouvoir¹³³⁴. Les évolutions contemporaines du recours pour excès de pouvoir témoignent incontestablement d'une

Léon DUGUIT considère que dans le contentieux objectif, c'est-à-dire le recours pour excès de pouvoir, le juge est appelé à apprécier si un acte a méconnu une règle ou une situation générale objective. Il soutenait ainsi que dans le recours pour excès de pouvoir, « *le requérant ne prétend pas qu'une atteinte ait été portée à une situation juridique subjective dont il serait le bénéficiaire ; encore moins prétend-il à un droit subjectif. Il n'invoque même pas l'existence d'une situation juridique objective à son profit. Il soutient seulement que la règle formulée par un agent public l'a été en violation d'un droit objectif supérieur s'imposant à lui* », (*Traité de droit constitutionnel Tome 1, la règle de droit, le problème de l'État*, T. 1, Paris, E. Bocard, 3^{ème} éd., 1927, p. 496). Maurice HAURIOU estimait enfin de manière analogue que le contentieux de l'excès de pouvoir « *est donné contre l'acte, et non pas contre la personne administrative ; de plus, il est uniquement pour assurer la bonne administration ; il n'est pas pour faire valoir des droits subjectifs des administrés* », (*Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1937, p. 258). Les trois éminents auteurs ont tour à tour assimilé le rôle des requérants à celui d'un ministère public. C'est sur ce point que l'on est maintenant le plus circonspect. Le propos du commissaire du gouvernement Chenot est à cet égard toujours d'actualité : « *il n'y a pas [...] d'objection théorique valable contre l'"action populaire", sinon la considération du trouble qu'engendrerait dans le fonctionnement des juridictions, comme dans la marche des administrations, une jurisprudence qui autoriserait n'importe qui à se pourvoir contre n'importe quoi. Et, en droit public, au moins, le trouble social prend la valeur d'un argument de droit. C'est pourquoi la jurisprudence, tout en étendant la notion d'intérêt à des catégories toujours plus vastes de requérants [...] continue à exiger que l'intérêt du requérant s'inscrive dans un cadre limité* », (Bernard CHENOT, Conclusions sur CE, 10 février 1950, *Sieur Giquel, Leb.* p. 99 (101-102). Le contentieux de l'excès de pouvoir n'est donc pas séparé de la notion d'intérêt individuel qui permet de vérifier que le requérant se trouve bien dans une situation de litige avec l'administration.

¹³³⁴ On relève dès le début du XX^{ème} siècle quelques prises de position en faveur d'une analyse subjective du recours pour excès de pouvoir. Léon MARIE invitait par exemple le Conseil d'État « *à suivre la règle suivante : rechercher dans chaque sorte de litige quel est exactement le droit accordé aux individus vis-à-vis de l'administration et quelle est la sanction que le législateur, en cas de violation de ce droit, a entendu reconnaître à l'autorité juridictionnelle le pouvoir d'appliquer, et, d'après ce criterium, admettre la possibilité d'intenter le recours contentieux ordinaire ou simplement de former une demande en annulation pour excès de pouvoir* », (« *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative (2^{ème} partie)* », *R.D.P.*, 1901, pp. 476-524 (521)). Cette analyse, abandonnée par la doctrine dominante au cours du XX^{ème} siècle, a trouvé un regain d'intérêt depuis la loi du 8 février 1995. Norbert FOULQUIER, tenant de la nature subjective du recours pour excès de pouvoir, s'appuie sur la promotion des droits des justiciables pour désigner le juge de l'excès de pouvoir comme un « *répartiteur des droits* », (*Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, coll. La Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p. 626). Evoquant ses pouvoirs d'injonction, il affirme ainsi que « *le juge doit commander aux personnes publiques de fournir aux administrés les prestations (normatives ou matérielles) que l'ordre juridique leur reconnaît. Le droit subjectif à la légalité administrative se dote ainsi d'une "dimension positive" qui permet une réalisation des droits et libertés dont il est accessoire* », (*ibid.*, p. 633). En désignant le droit à la légalité administrative comme accessoire à la garantie des droits subjectifs des individus (*ibid.*, pp. 605-625), Norbert Foulquier assimile le recours pour excès de pouvoir au contentieux allemand de l'annulation dans le cadre duquel le contrôle de légalité est réalisé dans l'objectif premier de protéger les droits publics subjectifs des administrés, (Jürgen SCHWARZE, « *Grunlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsschutz in Frankreich und Deutschland* », *NvWZ*, 1996, pp. 22-29 (23)). L'adhésion à la thèse du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir prive de pertinence logiquement la thèse ici développée, entendant critiquer la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir par l'effet direct. Ainsi, l'approche subjective du recours pour excès de pouvoir permet à Norbert FOULQUIER de voir dans la conditionnalité d'effet direct une confirmation que cette voie de droit « *ne repose pas sur des postulats complètement objectifs* », (*Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle, op. cit.*, p. 401). La thèse soutenue par Norbert Foulquier selon laquelle le recours pour excès de pouvoir se fonde dans le modèle du contentieux subjectif ne sera cependant pas ici suivie. En dépit des nouveaux pouvoirs de son juge, le recours pour excès de pouvoir apparaît encore trop détaché du droit subjectif pour que l'effet direct y ait encore sa place.

individualisation de cette voie de droit. Il est clair depuis la loi du 8 février 1995¹³³⁵, que l'individualisation du recours pour excès de pouvoir par le juge administratif s'opère à marche forcée¹³³⁶. Le souci de promotion de la stabilité de la situation juridique des administrés est latent dans la jurisprudence du Conseil d'État de la décennie 2000. Le recours à la modulation dans le temps des effets d'une annulation d'un acte administratif¹³³⁷, ou des effets d'un revirement de jurisprudence¹³³⁸, à la substitution de base légale¹³³⁹, ou de motifs¹³⁴⁰, mais aussi la neutralisation de certains vices de procédures¹³⁴¹ sont des illustrations de cet effort produit par la haute juridiction administrative pour pérenniser la situation juridique des personnes privées. Toutefois, ces nouvelles prérogatives du juge de l'excès de pouvoir, permettant d'assurer la stabilité des situations juridiques des administrés, ne sont pas de nature à muer son office en un contentieux subjectif.

475. Un point crucial incite à rejeter l'analyse subjective du recours pour excès de pouvoir. Il s'agit de l'acceptation de l'intérêt à agir sur le fondement de la simple affectation factuelle

¹³³⁵ La loi n° 95-125 du 8 février 1995 qui a introduit un article L.8-2 dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi rédigé : « *Lorsqu'un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, le tribunal ou la cour administrative d'appel, saisi de conclusions en ce sens, prescrit cette mesure, assortie le cas échéant d'un délai d'exécution, par le même jugement ou le même arrêt* » ; pour exemple, la réintégration d'un fonctionnaire illégalement révoqué, CE, 29 décembre 1995, *Kavvadias*, n°129659, *Leb.* p. 477 ; le réexamen d'une demande de permis de construire : CE, 30 décembre 2009, *commune de Cannet-des-Maures*, n°319942, *Tables Leb.*, p. 911, 990.

¹³³⁶ En 1994, Jean-Marie WOEHLING Remarquait qu'« *on ne peut s'empêcher de faire le parallèle entre cette évolution [du contentieux administratif européen] et les courants idéologiques dominants qui font passer les préoccupations de régulation sociale au deuxième rang derrière le jeu des forces du marché et l'affirmation des prérogatives individuelles* », (« Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest-Particularismes et convergences », *R.E.D.P.*, 1994, pp. 353-374 (370)).

¹³³⁷ Pour reprendre les termes des rapporteurs au Conseil d'État Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, cette modulation peut être effectuée aux fins « *d'éviter la remise en cause rétroactive de décisions prises sur le fondement de l'acte annulé* » comme ce fut le cas, dans l'arrêt *Association AC*, (CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, n° 255886, *Leb.* p. 197) mais aussi « *pour préserver l'avenir proche, en laissant au pouvoir réglementaire un délai suffisamment confortable pour repenser, compte tenu des implications complexes des motifs d'annulation, le dispositif censuré, tout en évitant que ce dernier soit paralysé dans l'intervalle* », comme dans l'arrêt *Société NRJ 12*, (CE, sect., 5 mars 2008, *Société NRJ 12 et Société de Télévision France 1*, n°281451, *Leb.* p. 79). V. Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Les aléas de l'effet direct », préc., p. 941.

¹³³⁸ CE, ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *Leb.* p. 360.

¹³³⁹ CE, sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime contre El Bahi*, n° 240267, *Leb.* p. 480.

¹³⁴⁰ CE, sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, n° 240560, *Leb.* p. 48. V. Antoine CLAEYS, « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », in *Le droit administratif : permanence et convergence. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 299-323.

¹³⁴¹ L'article 70 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit prévoit ainsi de neutraliser les effets contentieux des illégalités viciant la régularité de la procédure d'élaboration d'une décision administrative, V. Bernard NOYER, Fabrice MELLERAY, « L'apport au contentieux administratif de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *D.A.*, 2011, n°8, pp. 13-17, pt. 14. Pour une application de ce nouveau principe : CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n°335033, *Leb.*, p. 650, com. Fabrice MELLERAY, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », *D.A.*, mars 2012, pp. 29-31.

de la situation du requérant¹³⁴². Le recours pour excès de pouvoir ne s'attribue donc pas pour fonction la protection des droits des requérants et s'écarte en cela du contentieux subjectif. René Chapus note que « *le caractère objectif du recours* », n'est pas contestable, dès lors qu'est prise en considération « *la seule question posée au juge : l'acte attaqué est-il légal ? Il ne s'agit pas pour le juge de reconnaître que le requérant est titulaire d'un droit à l'encontre de l'administration, ou que cette dernière est tenue par une obligation à l'encontre du requérant. Il s'agit de décider du sort de l'acte contre quoi le recours est dirigé* »¹³⁴³. En cela, le juge de l'excès de pouvoir est toujours tenu de répondre à « *une question de droit objectif, c'est-à-dire de conformité d'un acte à la légalité* »¹³⁴⁴. La fonction dominante du recours pour excès de pouvoir reste, en dépit des nouveaux pouvoirs du juge, la sauvegarde de la légalité.

476. L'exigence du droit subjectif au stade de l'invocabilité cause alors une déviation fonctionnelle du recours pour excès de pouvoir (A). Cette déviation fonctionnelle peut toutefois se justifier sur le terrain de la sécurité juridique dans les litiges dits triangulaires (B).

A. La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir par l'effet direct

477. Le recours pour excès de pouvoir est une voie de droit traditionnellement rattachée au contentieux objectif. En cette qualité, cette procédure « *tend à assurer la cohérence de l'ordonnement juridique par l'élimination des illégalités qui s'y glissent, et elle ne protège les particuliers que par ricochet ; et encore protège-t-elle leurs intérêts, et non leur droits, et même si elle protège aussi leurs droits, ce n'est pas en raison de leur qualité juridique, mais en considérant la part d'intérêt qui y est incluse* »¹³⁴⁵. La contestation contemporaine de ce rattachement, appuyée sur « *l'intrusion d'éléments subjectifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir* »¹³⁴⁶, ne remet pas en cause sa fonction : la préservation de la légalité française. Les

¹³⁴² Cette affectation factuelle est constituée si le requérant est moralement ou matériellement lésé. Un requérant est ainsi moralement lésé dans le contentieux du permis de construire des éoliennes en raison de la visibilité de ces dernières depuis sa propriété : CE, 15 avril 2005, *Association des citoyens et contribuables des Communes de Saone-et-Vienne*, n°273398, *Leb.* p. 1013. Un contribuable départemental est matériellement lésé et est donc titulaire d'un intérêt à demander l'annulation d'une délibération mettant de nouvelles dépenses à la charge du département : CE, 26 mai 2009, *Département des Deux-Sèvres*, n°297085, *Tables Leb.* pp. 643, 870, 942.

¹³⁴³ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 217.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, p. 216.

¹³⁴⁵ Michel LEROY, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », *R.T.D.hom.*, 1990, pp. 190-198 (197).

¹³⁴⁶ Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, hypercours, 2^{ème} éd., 2012, p. 110.

conditions de recevabilité du recours d'excès de pouvoir permettent d'identifier le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir (1). Et l'objectivité de cette voie de droit entre en tension avec la subordination de l'invocabilité du droit conventionnel à son aptitude à porter des droits subjectifs (2).

1) Identification du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir

478. La conditionnalité d'effet direct introduit dans le contentieux de l'excès de pouvoir la notion de droit subjectif alors que le juge administratif l'en a toujours tenu écarté. Au contraire des systèmes juridiques allemand¹³⁴⁷ et de l'Union européenne¹³⁴⁸, la haute juridiction administrative française s'est montrée résolue à ne pas laisser pénétrer le droit subjectif dans le contentieux de la légalité, notamment dans la détermination de ses conditions de recevabilité. Edouard Laferrière soulignait déjà dans son *Traité de contentieux administratif* l'intérêt du détachement des concepts de droits subjectifs lésés et d'intérêt à agir : « si l'on avait exigé, pour la recevabilité des recours pour excès de pouvoir que la partie se prévalut d'un droit contre l'acte administratif attaqué, on n'aurait, en réalité, ouvert le recours que contre les actes qui lèsent des droits acquis. Ceux qui ne lèsent que des intérêts auraient échappé au recours... »¹³⁴⁹. Une partie de la doctrine a longtemps considéré que la condition d'intérêt à agir était superflue dans le contentieux de la légalité¹³⁵⁰, voir même attentatoire à son caractère objectif¹³⁵¹. Elle n'a cependant jamais été abandonnée par le juge administratif français toujours soucieux d'écartier tout risque d'*actio popularis*. Cela ne signifie pas pour autant que ces appels de la doctrine n'aient eu aucun écho dans la jurisprudence du Palais Royal.

479. L'élargissement de l'intérêt à agir à la fin du XX^{ème} siècle, par l'objectivisation du critère de détermination du grief causé par l'acte attaquée, témoigne de cette sensibilité du

¹³⁴⁷ Michel FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, p. 177.

¹³⁴⁸ Michel FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE », préc., p. 62 ; Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, op. cit., p. 518.

¹³⁴⁹ Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 405.

¹³⁵⁰ Jean TOURNYOL DU CLOS, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse, université de Bordeaux, 1905 ; Maxime MIGNON, « Une évolution inachevée : la notion d'intérêt ouvrant le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1953, pp. 121-126.

¹³⁵¹ Maurice HAURIUO, « Note sous l'arrêt CE, *Lafage*, 8 mars 1912 », *S.*, 1913, p. 7.

Conseil d'État aux plaidoyers en faveur de son abandon. L'influence des tenants du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir sur les raisonnements du Conseil d'État est clairement perceptible dès l'arrêt *Samuel* à propos duquel Maurice Hauriou soulignait qu'« *il serait excessif de considérer comme un droit cet intérêt* [des habitants d'une commune de ne pas voir se déplacer son chef lieu]. »¹³⁵². Cette souplesse du conseil d'État est confirmée lorsqu'il a conféré la qualité de grief à l'atteinte à une simple situation de fait. En ce sens, le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt *syndicat national de la Meunerie d'exportation* qu'une délibération municipale décidant la vente d'une récolte de blé fait grief à un particulier qui bénéficie de cette récolte dont il n'est pourtant pas propriétaire¹³⁵³. Jacques-Henri Stahl remarque ainsi que la démonstration de l'intérêt à agir du requérant est « *moins exigeante que la notion de "droits lésés"* », dès lors que « *le recours pour excès de pouvoir [...] est ouvert à toutes les personnes qui sont touchées par un acte administratif, quand bien même cet acte ne léserait véritablement aucun de leurs droits* »¹³⁵⁴.

480. Lorsqu'un requérant ne se voit pas atteint dans ses droits par un acte qu'il entend contester au moyen du recours de l'excès de pouvoir, la notion d'intérêt factuel lésé joue le rôle d'un pis-aller permettant de lui garantir la recevabilité de sa requête. Les analyses de Marcel Laligant sont particulièrement éclairantes à ce propos lorsqu'il souligne que si le requérant invoque « *l'existence d'un droit lésé, la condition d'intérêt devient alors superflue, car celui dont le droit a été méconnu a, ipso facto, intérêt à agir ; ou bien à défaut de ce droit, il peut néanmoins montrer qu'il a intérêt à agir et l'intérêt est alors utilisé comme un moyen de recevabilité* »¹³⁵⁵. Cette admission du grief factuel pour établir la recevabilité d'un recours individuel permet d'écarter les rigueurs des systèmes juridiques qui – à l'image de l'Allemagne – exigent l'établissement préalable de la violation d'un droit subjectif¹³⁵⁶. Le contentieux administratif allemand de la légalité se distingue du recours pour excès de pouvoir en ce que, comme l'a noté Matthias Ruffert, « *l'affectation factuelle, bien qu'elle*

¹³⁵² Maurice HAURIUO, *Les éléments du contentieux*, op. cit., p. 35 ; CE, 22 juillet 1892, *Samuel*, *Leb.* p. 633.

¹³⁵³ CE, 27 décembre 1946, *Syndicat national de la meunerie d'exportation*, *Leb.* p. 320 ; CE, 13 juin 1952, *Barrau*, *Leb.* p. 309.

¹³⁵⁴ Jacques-Henri STAHL, « La saisine du juge administratif : procédure préalable et conditions de recevabilité », *R. Adm.*, 1997, n°7, p. 98-102 (100-101).

¹³⁵⁵ Marcel LALIGANT, *La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif*, *R.D.P.*, 1971, pp. 43-82 (54).

¹³⁵⁶ Cet ancrage dans le droit public subjectif du contentieux administratif allemand procède de l'article 19-4 de la Loi Fondamentale allemande qui stipule que « *Quiconque est lésé dans ses droits par la personne publique dispose d'une recours juridictionnel* ». Nous soulignons.

puisse être d'une énorme intensité, ne compte pas, si les normes pertinentes ne révèlent pas de droit subjectif »¹³⁵⁷.

481. L'exercice du recours pour excès de pouvoir par les associations de défense des intérêts collectifs confirme l'analyse objective de cette voie de droit. Bruno Genevois a affirmé que l'action formée par les associations et syndicats¹³⁵⁸, qui sollicitent régulièrement l'application du droit conventionnel¹³⁵⁹, « ne répond pas à des motifs subjectifs et personnels, mais au contraire à une action objective »¹³⁶⁰. Leur intérêt à agir est d'ailleurs très libéralement admis, dès lors qu'il suffit que l'acte juridique contesté emporte des conséquences dans le domaine où le groupement a vocation à intervenir¹³⁶¹. Le recours pour excès de pouvoir formé par ces associations relève en effet autant de « l'action politique », que de « celle du "chevalier blanc" qui n'aurait d'autre motivation que la défense de la légalité »¹³⁶². De sorte que le défaut de justiciabilité des éléments conventionnels de la légalité dépourvus d'effet direct, qui ne portent pas de droits subjectifs, doit être analysé comme une entrave à l'exercice de leur fonction d'agent de la légalité de l'action de l'État¹³⁶³. Plus

¹³⁵⁷ Matthias RUFFERT, « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., pp. 149-159 (151).

¹³⁵⁸ Le Conseil d'État admet les actions d'intérêt collectif portées par des associations afin de défendre leur objet social depuis 1906, in CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli*, Leb. p. 97, com. Maurice HAURIOU, S., 1907.3.33 ; CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des partons coiffeurs de Limoges*, préc. ; pour une analyse de l'appréciation de la recevabilité des actions associatives à l'aune de leur objet social, voir Julien BETAÏLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, op. cit., pp. 522-524.

¹³⁵⁹ Depuis 2006, l'association France nature environnement a ainsi sollicité à huit reprises l'application de la Convention d'Aarhus devant le Conseil d'État : CE, 28 mars 2011, *Collectifs contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et de Migné-Auxances*, n°330256, *Tables Leb.* p. 967 ; CE, 23 avril 2009, n°306242 ; CE, 17 octobre 2008, n°295388 ; CE, 21 mai 2008, n°301688 ; CE, 10 novembre 2006, n°275013 ; CE, juge des référés, 20 juin 2006, n°293731 ; le GISTI a quant à lui demandé sollicité à onze reprises l'application des seuls pactes conclus sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : CE, 13 février 2013, n°353864 ; CE, 23 mai 2012, n°352534 ; CE, 23 décembre 2010, *Association Aide e.a.*, n°335738, *Tables Leb.* p. 774, 991 ; CE, 19 mai 2010, n°323758 ; CE, 23 octobre 2009, n°314397 ; CE, 20 mars 2008, n°314398 ; CE, 18 décembre 2007, n°310837 ; CE, 23 avril 2007, n°283311 ; CE, ass., 31 mai 2006, n°273638 ; CE, Juge des référés, 21 octobre 2005, n°285577 ; CE, 29 juillet 2002, n°231158.

¹³⁶⁰ Bruno GENEVOIS, « Le GISTI : requérant d'habitude ? La vision du Conseil d'État », in GISTI, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 65-79 (66).

¹³⁶¹ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 488.

¹³⁶² Bruno GENEVOIS, « Le GISTI : requérant d'habitude ? La vision du Conseil d'État », in GISTI, *Défendre la cause des étrangers en justice*, op. cit., p. 67.

¹³⁶³ Revenant sur l'affaire GISTI de 1997, Baptise Bonnet met en évidence comment l'effet direct fait obstacle à l'exercice de la mission des associations de défense d'intérêts collectifs : « ce que sollicite le GISTI, ce n'est pas la reconnaissance de droits subjectifs mais l'annulation d'un acte administratif illégal parce que contraire à un engagement international de la France. D'une certaine manière, l'absence d'effet direct des stipulations invoquées ne devrait pas avoir d'influence sur l'application de cette convention internationale dès lors qu'il s'agit d'un recours en appréciation de légalité d'un acte réglementaire. [...] Le GISTI soulève une question de

largement, la conditionnalité d'effet direct affecte l'objectivité du recours pour excès de pouvoir.

2) L'introduction par l'effet direct de la subjectivité dans le recours pour excès de pouvoir

482. Il est contestable d'exiger la démonstration du droit subjectif au stade de l'invocabilité, qui plus est à charge d'une source isolée du bloc de légalité, dans la mesure où le Conseil d'État a écarté avec constance la titularité d'un tel droit des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Lorsque le Conseil d'État subordonne l'accès d'une stipulation conventionnelle au rang de norme de référence du contrôle de légalité à l'établissement préalable de son effet direct, il introduit le droit subjectif au sein du recours pour excès de pouvoir. Cette restriction de l'invocabilité affecte la fonction du recours pour excès de pouvoir qui a pour principal objet l'invalidation des normes illégales. Jean Matringe observe qu'« à partir du moment où l'énoncé international devient partie du bloc de légalité, on ne comprend pas pourquoi il échapperait au recours pour excès de pouvoir qui est un garant fondamental du respect de ce bloc et n'exige pas à cette fin que le requérant allègue la violation d'un droit subjectif contrairement au contentieux indemnitaire »¹³⁶⁴.

483. La conditionnalité d'effet direct heurte le souci du juge de l'excès de pouvoir « de servir l'intérêt général en veillant à ce que l'administration respecte ses obligations légales dans l'exercice de ses prérogatives »¹³⁶⁵. L'exercice effectif de cette fonction est essentielle dès lors que, comme le souligne Fabrice Melleray, les normes illégales « sont le plus souvent trop importantes, trop essentielles et (ou) ont une incidence sur trop de situations

légalité objective », (Baptiste BONNET, « Le Conseil d'État et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan. De l'art du pragmatisme », préc., p. 1035).

¹³⁶⁴ Jean MATRINGE, « Note sous Conseil d'État, 11 avril 2012, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL) », préc., p. 941 ; Baptiste BONNET met également en évidence ce paradoxe : « quand le contrôle demandé par le requérant, qui est le destinataire de la convention internationale, est un pur contrôle de légalité, refuser ce contrôle au prétexte que la stipulation invoquée n'a pas d'effet direct revient à dire que cette stipulation ne s'est pas du tout incorporée dans l'ordre interne, que cette partie de la convention n'est pas source de la légalité, ce qui revient à contrevenir aux dispositions constitutionnelles et singulièrement l'article 55 de la constitution », (« Le Conseil d'État et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan », préc., p. 1035).

¹³⁶⁵ Jean-Marie WOEHRLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, op. cit., p. 302.

individuelles pour que le respect scrupuleux du principe de légalité ne soit pas privilégié et puisse en partie être sacrifié »¹³⁶⁶. Il est donc regrettable que le droit subjectif, écarté du recours pour excès de pouvoir pour garantir un large accès au prétoire de la légalité, demeure une condition d'invocabilité de la norme de référence. De fait, une brèche se trouve tout autant creusée dans le principe de légalité selon que le droit subjectif l'érode au stade de la recevabilité ou de l'invocabilité.

484. L'effet direct est donc un élément d'affectation de la dimension objective du recours pour excès de pouvoir, qu'il soit formé contre un acte impersonnel ou individuel. Un argument doit cependant pouvoir faire céder le primat de la légalité et permettre de justifier l'application de la conditionnalité d'effet direct : il s'agit de la préservation de la sécurité juridique.

B. La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir par l'effet direct résiduellement justifiée par la garantie de la sécurité juridique

485. Au début du XX^{ème} siècle, Gaston Jèze avertissait qu'« [o]n ne saurait trop répéter que le Droit n'est pas un jeu de l'esprit, un exercice de logique pour théoriciens de cabinet ; il s'agit avant tout de trouver des solutions pratiques, de concilier d'une manière aussi élégante que possible les intérêts opposés ; une solution juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle contribue à faire régner la paix sociale ; une théorie juridique doit être appréciée, avant tout, d'après ses conséquences sociales »¹³⁶⁷. Cette recommandation mérite d'être prise en considération dans le sujet qui nous occupe. Nous avons dit les motifs, tenant largement au respect du principe de légalité, impliquant l'abandon de l'effet direct dans le recours pour excès de pouvoir. Mais ceux-ci doivent être mis en balance avec les intérêts concurrents des titulaires de droits qui peuvent être remis en cause par une application mécanique du principe de légalité. Daniel Labetoulle soutient que « *la stabilité juridique [...] ne coexiste avec le principe de légalité qu'au prix d'accommodements réciproques* » et

¹³⁶⁶ Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, op . cit., p. 407.

¹³⁶⁷ Gaston JEZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *R.D.P.*, 1914, pp. 48-59.

« qu'assurer la stabilité des situations acquises paraît parfois préférable à l'application pure et simple de la règle de droit »¹³⁶⁸.

486. Le principe de stabilité des situations juridiques peut en effet justifier quelque entorse à une application aveugle de la règle de primauté dans le contentieux objectif¹³⁶⁹. Ainsi que le note Bertrand Seiller, le juge administratif doit intégrer dans son office la recherche de « *la situation juridique la plus équilibrée, celle qui assure la meilleure prise en compte des exigences de la légalité et des situations de droit et de fait au cœur du litige* »¹³⁷⁰. Dans les litiges présentant une configuration triangulaire, le contentieux objectif doit pour cette raison parfois s'accommoder de la conditionnalité d'effet direct. Un litige triangulaire implique, premièrement, l'auteur d'une décision administrative, deuxièmement, le bénéficiaire de cette décision et, troisièmement, un tiers intéressé à qui la décision fait grief. Le principe de sécurité juridique peut donc se trouver gravement affecté par l'invocabilité d'exclusion dans les configurations contentieuses triangulaires où l'intérêt du troisième prime sur le droit du second. Or, ce qui est important dans un tel contexte, « *ce n'est pas seulement de savoir si l'acte est formellement légal mais aussi de déterminer si l'arbitrage réalisé par l'administration est satisfaisant et équitable* »¹³⁷¹. Lorsque l'acte attaqué par un intéressé est créateur de droit au bénéfice d'un tiers à l'action, le principe de stabilité des situations juridiques peut à ce titre justifier qu'au-delà d'un simple intérêt, la lésion d'un droit du requérant conditionne l'annulation¹³⁷². Une telle atteinte au principe de légalité ne saurait

¹³⁶⁸ Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 403-413 (404).

¹³⁶⁹ Sacha PRECHAL écrit que « [t]here is room for mitigation of effects of supremacy which are too harsh, on ground of considerations such as [...] legal certainty », *Direct effect reconsidered, redefined and rejected*, in *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, op. cit., p. 39.

¹³⁷⁰ Bertrand SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., pp. 191-209 (208). Sa lecture pleinement subjective du recours pour excès de pouvoir, à laquelle nous ne nous rallions pas, l'amène à remarquer que « *c'est précisément parce que le droit à la légalité n'existe que comme un adjuvant aux droits subjectifs, qu'il est amené parfois à céder devant eux lorsqu'il semble s'opposer à leur protection* », (ibid., p. 204) ; Dans le même sens Norbert FOULQUIER affirmait dans sa thèse de doctorat que « *l'annulation de l'acte illégal n'est pas un fin en soi, mais un moyen pour parvenir à la reconnaissance des droits des requérants* », (*Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, op. cit., p. 637).

¹³⁷¹ Jean-Marie WOEHRLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration, en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, op. cit., p. 318.

¹³⁷² V. Marcel WALINE, « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1935, pp. 205-236 ; Thierry-Xavier GIRARDOT, Fabien RAYNAUD, « Régime du retrait des actes administratifs individuels créateurs de droit », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 936-944 ; Pierre DELVOLVE, « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des*

cependant être tolérée dans l'ensemble du contentieux objectif. L'effet direct, autrement dit l'exigence du droit subjectif, peut alors être cautionné dans ceux des contentieux objectifs qui valorisent l'intérêt du requérant – et non celui de la totalité sociale – et remettent en cause le droit des tiers destinataires de l'acte¹³⁷³.

487. La finalité du recours pour excès de pouvoir fluctue selon la nature de l'acte attaqué¹³⁷⁴. Le filtrage de l'invocabilité par l'effet direct se justifie lorsqu'un tiers attaque un acte individuel, l'action ayant alors pour finalité première la protection de son intérêt individuel (2) ; il ne peut en revanche être retenu lorsqu'est attaqué un acte impersonnel (1), l'action ayant alors pour finalité première la protection de l'intérêt collectif.

1) Une subjectivisation injustifiable dans le recours pour excès de pouvoir formé contre une règle de portée générale

488. Contrairement à certaines idées reçues, les actes impersonnels peuvent être créateurs de droit. Ainsi que l'observe Norbert Foulquier, une partie de la doctrine considère que « *le vinculum juris*¹³⁷⁵ entre l'administration et l'administré doit être calqué sur l'obligation au sens civiliste du terme. Selon cette conception, il ne saurait exister d'obligations qu'entre deux personnes individualisées, nommément désignées. Ceci justifie alors de fonder le droit public subjectif exclusivement sur un acte individuel »¹³⁷⁶. La création d'une situation juridique protégée par le principe de stabilité suppose alors l'existence d'une décision individuelle concrétisant un acte réglementaire¹³⁷⁷. S'appuyant sur la notion d'autolimitation et la théorie du parallélisme des droits et obligations, l'auteur s'attache pour sa part à

administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux, op. cit., p. 12.

¹³⁷³ La classification finaliste, critiquée pour la scission du recours pour excès de pouvoir qu'elle implique, témoigne ici de sa valeur opérationnelle. Il n'est pas inintéressant de remarquer la position ambivalente de certains membres de la doctrine qui après avoir déploré cette conséquence de la classification finalité, la reprennent à leur compte pour expliciter les spécificités du régime du recours pour excès de pouvoir contre les actes impersonnels. V. Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 79 et 83.

¹³⁷⁴ La thèse de doctorat de Fabrice MELLERAY opère ainsi une classification des voies de droit fondée sur leur finalité première, (*Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale, op. cit.*).

¹³⁷⁵ Le *vinculum juris* est le lien de droit.

¹³⁷⁶ Norbert FOULQUIER, « Rapport de synthèse », in, *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux, op. cit.*, p. 237.

¹³⁷⁷ Pierre LE MIRE, « La stabilité des situations juridiques », *A.J.D.A.*, 1980, pp. 203-219.

« admettre que les droits publics subjectifs des administrés peuvent naître autant d'actes individuels que d'actes impersonnels et généraux tels que les règlements administratifs »¹³⁷⁸.

489. C'est également le point de vue défendu par Carlo Santulli qui, avant d'observer qu'« un droit acquis [...] est toujours un droit "subjectif" », relève que « les droits acquis sont des prérogatives attachées à des situations juridiques définitivement constituées. Ces situations doivent être juridiques, mais elles peuvent résulter de n'importe quel élément du droit : la Constitution, la loi, le règlement... »¹³⁷⁹. Par exemple, sont des droits acquis l'accès à la seconde année d'étude médicale au titre d'une loi de validation de concours¹³⁸⁰ et le droit au maintien des nominations au rang de magistrat du siège procédant de leur inamovibilité consacrée par la Constitution¹³⁸¹.

490. Cette aptitude des actes impersonnels à produire des droits subjectifs génère la nécessité de garantir leur stabilité. Bertrand Seiller observe ainsi qu'en telle hypothèse, « il est d'intérêt général de ne pas tirer les conséquences de l'illégalité de l'acte administratif »¹³⁸². Rainer Arnold étend cette observation aux actes législatifs, en remarquant que « la stabilité de la loi constitue une exigence importante [...] ; elle rend efficace la conséquence juridique de la norme, efficacité qui crée la confiance nécessaire des individus concernés par le droit. Ainsi la stabilité de la loi, qui s'exprime notamment par la prohibition de sa rétroactivité et la protection des droits acquis, forme la base de cette confiance »¹³⁸³. L'intérêt général à la stabilité des situations juridiques et des droits subjectifs entre alors en conflit avec l'intérêt général au respect de la hiérarchie des normes. Ainsi que le relève Bertrand Mathieu, on remarque ici que « la sécurité juridique est le lieu où se cristallise la conciliation des exigences relatives à la protection des droits individuels et celles relatives à l'intérêt

¹³⁷⁸ Norbert FOULQUIER, « Rapport de synthèse », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., p. 238.

¹³⁷⁹ Carlo SANTULLI, « Les droits acquis », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 87-93 (89).

¹³⁸⁰ L'article 39 de la loi n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations du 12 avril 2000 dispose que « sont validées les 88 admissions en deuxième année d'études médicales et odontologiques pour l'année universitaire 1999-2000 intervenues à la suite des épreuves du concours organisé pour l'année universitaire 1998-1999 à l'université de Bretagne occidentale », (*JORF*, 13 avril 2000, p. 5653).

¹³⁸¹ CE, 26 mai 1950, *Sieur Dirat*, *Leb.* p. 87.

¹³⁸² Bertrand SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., p. 208.

¹³⁸³ Rainer ARNOLD, « Efficacité des normes et efficacité des systèmes juridiques : le cas de l'Allemagne », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., pp. 269-278 (270).

général »¹³⁸⁴. Est-ce alors à dire que la stabilité des situations juridiques implique un filtrage des normes conventionnelles invocables pour ne permettre qu'à celles d'entre elles qui créent des droits subjectifs de fonder l'annulation de ces actes impersonnels créateurs de droit ?

491. Il est nécessaire d'identifier l'esprit de ce type d'action – le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte impersonnel – pour répondre à cette question. Le terme « holiste » employé par Fabrice Melleray pour caractériser la finalité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes impersonnels est emprunté à Louis Dumont¹³⁸⁵ qui oppose les doctrines individualistes dans lesquelles l'individu, en tant qu'être moral, indépendant et autonome est valorisé et, en contrepartie, la totalité sociale, le groupe est subordonné ou négligé, aux doctrines holistes dans lesquelles, à l'inverse, la totalité sociale est valorisée et l'individu subordonné ou négligé¹³⁸⁶. Transposé au contentieux de l'excès de pouvoir cela signifie que « certaines requêtes doivent être traitées comme assurant la valorisation de la collectivité et d'autres comme permettant la défense et la promotion des intérêts propres des requérants »¹³⁸⁷. Fabrice Melleray note qu'en conséquence, « peu importe qu'un requérant use du recours pour excès de pouvoir à des fins personnelles si le juge voit en lui un substitut du ministère public, si cette voie de droit est organisée dans une perspective holiste »¹³⁸⁸. Il est vrai que la modulation dans le temps des arrêts d'annulation et les pouvoirs d'injonction du juge de l'excès de pouvoir, créés aux fins de promouvoir la protection des intérêts des requérants, forment des indices de subjectivisation des recours soulevant l'illégalité d'actes impersonnels¹³⁸⁹. Néanmoins, la finalité prééminente de l'action en annulation de l'acte impersonnel invalide reste la préservation d'un intérêt général matérialisé en la préservation du principe de légalité¹³⁹⁰. Autrement dit, la protection du droit subjectif substantiel doit être

¹³⁸⁴ Bertrand MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusions sur le principe de sécurité juridique », *C.C.C.*, 2001, n°11, pp. 106-111 (108).

¹³⁸⁵ Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil, 1983, 310 p.

¹³⁸⁶ On, retrouve dans cette catégorisation les fondements de la dichotomie existante dans le champ de la science sociologique, opposant le holisme à l'individualisme méthodologique. Le premier étant défendu par Emile Durkheim et Karl Marx, le second par Max Weber et Alexis de Tocqueville.

¹³⁸⁷ Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *op. cit.*, pp. 403-404.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p.284.

¹³⁸⁹ Bertrand SEILLER, « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, *op. cit.*, pp. 206-210.

¹³⁹⁰ En ce sens, l'assertion de la jurisprudence selon laquelle le recours pour excès de pouvoir a « pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité » : CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, préc.

considérée comme l'accessoire du droit à la légalité. Aussi Hélène Lepetit-Collin et Alix Perrin remarquent que « [l]e recours contre un acte réglementaire ne peut pas, au regard de la définition du règlement, avoir pour objet la défense des intérêts du requérant. Si la solution de ce litige peut conduire à un tel résultat, ce n'est pas sa vocation. La contestation d'un acte de portée générale et absolue n'interroge pas le juge sur l'étendue des droits et obligations d'un requérant. Le juge est donc inévitablement saisi d'une question de légalité objective »¹³⁹¹.

492. Cet esprit "holiste" du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes impersonnels a déjà des conséquences contentieuses lorsque le juge administratif est appelé à appliquer certaines règles de droit de l'Union. Cette application peut en effet être opérée au détriment de la stabilité de la situation juridique des administrés, pour défendre cet intérêt général que constitue la garantie de la légalité des actes de portée générale. La possibilité d'obtenir l'annulation de normes impersonnelles contraires aux objectifs de certaines directives qui ne portent pas de droits subjectifs confirme ainsi la finalité de préservation de la légalité attachée à ces actions¹³⁹². L'importance du droit à la légalité lorsqu'est en cause la régularité d'un acte impersonnel fut mise en évidence par l'affaire *Alitalia*. L'expiration du délai de transposition d'une directive y est désignée comme un changement de circonstances de droit contraignant pour les autorités normatives qui ne peuvent « *ni [...] laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives [...] ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs* »¹³⁹³. Philippe Raimbault remarque le changement de circonstances de droit constitué par l'extinction du délai de transposition d'une directive implique mécaniquement un droit pour tout intéressé « *de demander l'abrogation des règlements illégaux* »¹³⁹⁴. Ici naît un point de tension avec le principe de sécurité juridique. Florence Chaltiel observe en ce sens qu'« *un acte légal peut devenir illégal en raison de changement de circonstances de droit et de fait. C'est au regard de ces données que le principe de légalité peut devenir un facteur potentiel d'insécurité juridique. Ainsi, c'est à n'en pas douter un paradoxe que de voir le*

¹³⁹¹ Hélène LEPETIT-COLLIN, Alix PERRIN, « La distinction des recours contentieux en matière administrative : nouvelles perspectives », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 813-829 (822).

¹³⁹² CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, préc. ; CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc. ; CE, ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc.

¹³⁹³ CE, ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, *Leb.* p. 44.

¹³⁹⁴ Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009, p. 514 ; Denis DE BECHILLON remarque qu'il n'existe toutefois pas d'impératif général d'abrogation dès lors que « *l'obligation de mise en conformité n'existe que comme réponse à une initiative en ce sens des administrés* », (« L'applicabilité des directives communautaires », *R.D.P.*, 1991, pp. 759-791 (772)).

principe de légalité, gage apparent de respect du droit s'il en est, pouvoir se retourner en instrument potentiel d'insécurité juridique »¹³⁹⁵. La considération que l'acte réglementaire attaqué soit créateur de droits subjectifs – immédiatement ou par la médiation d'un acte individuel – est alors indifférente, la garantie de la stabilité des situations juridiques passe alors à l'arrière plan de la sauvegarde de la légalité. Cette priorité accordée à la sauvegarde de légalité est mise en évidence par Takis Tridimas qui soutient, à propos de l'invocabilité d'exclusion des directives : « *it is a truism to say that litigation against public authorities may affect a number of citizens. This should not deny individuals the possibility of exercising rights against the State. There is nothing extraordinary about the negative externalities of directives in the interest of third parties. Such externalities are an inevitable effect of litigations pertaining of the bounds of lawful government* »¹³⁹⁶. Le juge administratif compose toutefois avec les impératifs de sécurité juridique en considérant que le respect dû aux droits définitivement créés au bénéfice des tiers par des actes individuels interdit leur remise en cause, fût-ce au nom de l'autorité absolue de la chose jugée attachée à l'annulation de l'acte réglementaire¹³⁹⁷ ou non¹³⁹⁸ qui constituait leur base juridique. Autrement dit, un acte individuel pris en application d'un acte impersonnel ne peut être annulé que s'il est l'objet d'un recours contentieux.

493. Cependant, alors que l'analyse de l'esprit du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes de portée générale plaidait en faveur de l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel, les arguments de sécurité juridique ont continué de peser lourdement dans la balance, aux moments où le Conseil d'État fut appelé à se prononcer sur les effets à attribuer à la primauté des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct¹³⁹⁹. Le prétendu péril pour

¹³⁹⁵ Florence CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 1650-1655 (1653).

¹³⁹⁶ Takis TRIDIMAS, « Black, white and a shade of grey: horizontality of directives revisited », préc., p. 334. Traduction : « C'est un truisme de soutenir qu'une action formée contre l'autorité publique peut affecter de nombreux citoyens. Cela n'a pas vocation à priver les individus de faire valoir leurs droits à l'encontre de l'État. Il n'y a en conséquence rien d'extraordinaire dans les externalités négatives que les directives sont susceptibles de produire dans le chef de tiers. De telles externalités négatives sont inévitables dans le traitement de litiges portant sur la légalité de l'action gouvernementale ».

¹³⁹⁷ CE, 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, *Leb.* p. 245.

¹³⁹⁸ Sont dépourvues d'effets sur l'édition d'actes subséquents : l'annulation d'un concours : CE, sect., 10 octobre 1996, *Lugan*, *Leb.* p. 346 ; l'annulation de la fixation des limites d'une circonscription cantonale : CE, 24 janvier 2001, *Guillermé*, n°227439, *Leb.* p. 34 ; l'annulation du classement à l'issue de la scolarité à l'ENA : CE, 10 janvier 2007, *Grass*, n°297864, *Leb.* p. 8.

¹³⁹⁹ Il est à noter qu'avant que ne soit instaurée la question prioritaire de constitutionnalité, l'argument de sécurité juridique était également soulevé par les tenants de l'inattaquabilité par les personnes privées des actes législatifs pour s'opposer à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Pascal PUIG soutenait ainsi en 2001 que « : « *Dans la perspective renouvelée d'un simple principe de hiérarchie des normes, conçu comme un*

la sécurité juridique que constituerait la consécration de l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel semble toutefois avoir été surestimé par la très haute juridiction administrative. Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot s'appuyaient sur l'augmentation considérable de « *la masse des normes de droit international invocables devant le juge interne à l'encontre non seulement des actes réglementaires mais aussi des lois* »¹⁴⁰⁰, pour justifier le refus par le Conseil d'État de désolidariser l'invocabilité de l'effet direct à l'occasion de l'arrêt *GISTI* de 1997. L'argument fut repris par le ministère des affaires étrangères qui soutenait dans ses observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* que « *l'admission de l'invocabilité de tout accord international provoquera un contrôle de conventionnalité de masse des lois et règlements, par voie d'action et d'exception, au regard de 6000 accords et traités internationaux* »¹⁴⁰¹. L'affectation de la stabilité de l'ordre juridique et les atteintes à la séparation des pouvoirs en procédant rendraient en cette perspective inopportune l'invocabilité d'exclusion du droit d'origine internationale. Le Rapporteur public Gaëlle Dumortier modérait à juste titre ce risque d'insécurité juridique, en soulignant que l'article 55 de la Constitution de 1958 permet à l'exécutif français « *même lorsqu'il a ratifié ou approuvé un traité ou accord – et qu'il peut suspendre –, soit de ne pas le publier, donc de ne lui laisser produire d'effets que dans la sphère internationale, soit après publication de faire valoir le défaut d'application par l'autre partie, ce qui conduit le juge, s'il constate que tel est le cas, à le regarder comme inapplicable dans l'ordre interne* »¹⁴⁰². À cet égard, il convient de rappeler que la publication n'a rien d'une formalité en droit français et constitue un important frein à l'applicabilité du droit conventionnel. En qualité d'acte de gouvernement intéressant les relations diplomatiques de la France, le choix de publier ou non un accord est insusceptible de recours¹⁴⁰³. La masse

*mode parmi d'autres de résolution des conflits, la sécurité juridique prend une tout autre dimension : celle d'un principe directement concurrent s'opposant à l'instauration d'un contrôle a posteriori de constitutionnalité. Le respect des normes constitutionnelles est-il à ce point fondamental qu'il justifie une atteinte au principe de sécurité juridique lequel impose au contraire de ne pas soumettre un texte en vigueur à la menace de son éviction ? En raison de la très grande proximité matérielle des normes de référence applicables aux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, l'on peut être à la fois tenté de relever la relative inutilité d'une seconde vérification ayant, au fond, le même objet et séduit par la perspective d'un renforcement du contrôle déjà opéré », (« Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.*, 2001, pp. 749-794 (788).*

¹⁴⁰⁰ Didier CHAUVAUX, Thierry-Xavier GIRARDOT, « Les clauses d'un traité international dépourvues d'effet direct ne peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire », préc., p. 441.

¹⁴⁰¹ DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, « observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* », préc., p. 12.

¹⁴⁰² Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc., p. 555.

¹⁴⁰³ CE, 4 novembre 1970, *Sieur de Malglaive*, préc.

des instruments conventionnels pouvant être sollicités par les requérants pour contester la légalité des normes françaises s'en trouve réduite.

494. En outre, le trouble causé à la stabilité des normes applicables dans l'ordre juridique français par une hypothétique consécration de l'invocabilité d'exclusion des stipulations conventionnelles dénuées d'effet direct pourrait être largement tempéré par la possibilité, ouverte par les jurisprudences *Association AC!*¹⁴⁰⁴ et *Société énergie 12*¹⁴⁰⁵, de moduler les effets dans le temps des arrêts d'annulation. Telle modulation offre aux autorités normatives l'opportunité de modifier le dispositif in conventionnel afin d'y apporter les correctifs nécessaires à sa légalité. Enfin, le contrôle de conventionnalité peut être limité à un contrôle d'intensité restreinte lorsque la stipulation invoquée souffre d'une certaine imprécision. C'est la voie qu'a choisie la Cour de justice lorsqu'elle a consacré l'invocabilité d'exclusion de la source coutumière internationale¹⁴⁰⁶. Au lieu de priver les actes conventionnels imprécis de leur obligatorité en refusant leur invocabilité, il apparaît souhaitable de prendre en compte l'importante marge d'appréciation laissée à l'autorité normative pour limiter l'intensité du contrôle¹⁴⁰⁷. Un tel choix sauvegarde la sécurité juridique en réduisant les hypothèses d'invalidation aux incompatibilités manifestes. Dans l'approche holiste du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes impersonnels ici adoptée, le maintien de la conditionnalité d'effet direct par le Conseil d'État à l'occasion de la jurisprudence *GISTI et FAPIL* n'apparaît donc pas justifié. Le principe de légalité n'a pas vocation à y céder face à la sécurité juridique. De sorte que l'effet direct ne devrait pas s'opposer à l'invocabilité des normes conventionnelles lorsque sont contestés des actes de portée générale, même créateurs de droits.

¹⁴⁰⁴ CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, préc.

¹⁴⁰⁵ CE, sect., 5 mars 2008, *Société NRJ 12 et Société de Télévision France 1*, préc.

¹⁴⁰⁶ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 110; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 52.

¹⁴⁰⁷ Pour un développement exhaustif de cette proposition, V. *infra*, partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1.

2) Une subjectivisation justifiable dans le recours pour excès de pouvoir formé contre une règle individuelle

495. Un recours pour excès de pouvoir formé par une personne privée contre un acte individuel dont elle n'est pas adressataire crée un litige triangulaire, qui peut s'analyser comme un litige opposant deux personnes privées titulaires de droits subjectifs qui entrent en tension. En cela, l'exigence de la titularité d'un droit subjectif conventionnel, se traduisant par la soumission de l'invocabilité de la règle conventionnelle à son effet direct, est admissible dans un tel recours (a). Le mécanisme de l'exception d'illégalité peut à cet égard être problématique, dans la mesure où il permet au saisissant de solliciter l'application juridictionnelle d'une norme non attributive de droit (b).

a) *L'effet direct justifié dans les litiges triangulaires nés de la contestation de la conventionnalité d'une norme individuelle créatrice de droit*

496. À l'occasion de son plaidoyer en faveur d'une invocabilité d'exclusion des normes conventionnelles, le Commissaire du gouvernement Ronny Abraham soutenait qu'« [i]l est entendu qu'elles ne peuvent servir directement de fondement à la revendication d'un avantage individuel (c'est-à-dire, en termes contentieux, être invoquées à l'appui d'un recours dirigé contre un acte individuel) »¹⁴⁰⁸. De ce point de vue, la singularité des actes administratifs individuels nécessite que la norme de référence soit porteuse d'un droit subjectif et donc d'effet direct. Cette posture, dont nous critiquerons plus loin certaines logiques sous-jacentes¹⁴⁰⁹, peut se justifier sur le terrain de la préservation de la sécurité juridique dans le cadre des litiges triangulaires.

¹⁴⁰⁸ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 594 ; C'est également le point de vue retenu par le rapporteur public Gaëlle DUMORTIER dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI et FAPIL*, (« L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc.).

¹⁴⁰⁹ Pour une assimilation du contrôle de la légalité des actes individuels au contrôle de la légalité des actes de portée générale, V. *infra*, partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 2), b), ii).

497. La finalité individualiste du recours pour excès de pouvoir formé contre un acte individuel implique une subsidiarité de la sauvegarde de la légalité par rapport à sa fonction première : la protection de l'intérêt du requérant¹⁴¹⁰. Dans les litiges dits triangulaires, où un requérant conteste la conventionnalité d'un acte individuel créateur de droit dont il n'est pas le destinataire, l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel ne peut être défendue. En effet, comme l'observent Olivier Dubos et David Katz, « *si un tiers attaque un acte individuel dont il n'est pas le destinataire, l'annulation de cet acte sur le fondement de la directive prive son destinataire d'un droit subjectif que lui avait conféré l'ordre juridique national* »¹⁴¹¹. Dans une telle situation, Fabrice Melleray soutient que « *l'on se doit de reconnaître que le moyen le plus efficace pour assurer la stabilité des situations juridiques est de limiter les possibilités de contester les actes juridiques qui en sont le support, autrement dit de restreindre l'ouverture du prétoire* »¹⁴¹². Il s'agirait alors de distinguer les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir selon la nature de l'acte attaqué¹⁴¹³. Une autre

¹⁴¹⁰ Il convient ici de rappeler le sens de la présentation individualiste du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une norme personnelle opérée par Fabrice MELLERAY. Ce type d'action « *valorise prioritairement l'intérêt du requérant potentiel* », au contraire de l'action holiste qui privilégie la défense des intérêts de « *la totalité sociale* ». (*Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, op. cit., p. 271). L'intérêt du requérant peut, dans un contentieux individualiste, s'avérer minime au regard du grief causé par l'annulation du droit subjectif qu'il porte à son titulaire. L'hypothèse ici évoquée se manifeste avec une particulière acuité dans les situations litigieuses triangulaires. La préservation de la stabilité des situations juridiques implique que le droit à l'annulation des actes personnels soit réservé aux personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt nettement caractérisé. Cet intérêt nettement caractérisé peut se matérialiser en l'existence d'un droit lésé. L'exigence de l'effet direct dans un recours formé contre un acte personnel ne paraît alors pas nécessairement malvenue.

¹⁴¹¹ Olivier DUBOS, David KATZ, « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'État », préc., p. 24 ; Philippe MANIN avait déjà auguré ce risque d'« *effet horizontal induit* », (« L'invocabilité des directives, quelques interrogations », *R.T.D. eur.*, 1990, pp. 669-692 (685)).

¹⁴¹² Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, op. cit., p. 388 ; L'auteur ajoute que lorsqu'« *un acte est favorable à son destinataire sans nettement porter atteinte à la situation juridique d'un groupement, on ne voit [...] pas pourquoi ce dernier serait habilité à saisir le juge administratif* », (*ibid.*, p. 407).

¹⁴¹³ Une telle piste était également évoquée par les rapporteurs Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD, lorsqu'ils écrivaient qu'« [o]n a l'habitude de vanter le libéralisme avec lequel est admise la recevabilité des recours dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Mais s'agissant des recours contre les actes créateurs de droit, ce "libéralisme" n'est pas nécessairement un titre de gloire. On peut se demander s'il est logique de permettre à des personnes se prévalant seulement d'un intérêt lésé de demander au juge d'anéantir les droits accordés à autrui par une décision administrative », (« Régime du retrait des actes administratifs individuels créateurs de droit », préc., p. 943) ; V. en ce sens le propos de Yves GAUDEMET qui s'interroge sur l'opportunité du maintien de l'unicité du régime de la contestation des actes personnels et impersonnels : « *je me demande si l'unité du droit administratif n'est pas à reconsidérer du point de vue d'une distinction qui existe chez nous, mais surtout dans certains systèmes étrangers, qui est la distinction de l'acte réglementaire et de l'acte non réglementaire* », (Guy BRAIBANT, Roland DRAGO, Yves GAUDEMET, Daniel LABETOUILLE, Arnaud LYON-CAEN, Pierre LE MIRE, Jacques MOREAU, Georges VEDEL, Philippe WAQUET, « Questions du droit administratif », *A.J.D.A.*, juin 1995, n° spécial, pp. 11-34 (27)).

méthode est de limiter le champ des normes référence susceptibles d'être invoquées devant le juge de l'excès de pouvoir.

498. Il peut en effet être soutenu que seule la violation d'un acte producteur de droits puisse motiver l'annulation d'un acte juridique lui-même créateur de droit et la lésion du principe de sécurité juridique qui en procède¹⁴¹⁴. Telle solution concrétiserait l'hypothèse évoquée par Pierre Delvolvé lorsqu'il observait qu'« [o]n pourrait concevoir que le droit au recours contre des actes subjectifs, strictement entendu lui-même comme un droit subjectif, ne soit ouvert qu'aux titulaires de droits subjectifs, ce qui conduirait non pas à un contentieux contre un acte, mais à un véritable contentieux entre parties titulaires de droits subjectifs opposés » pour ensuite convenir qu'« [o]n n'en est pas là »¹⁴¹⁵. La dimension quasi-horizontale de ces contentieux triangulaires¹⁴¹⁶ invite donc à ne pas centrer l'office du juge de l'excès de pouvoir sur la sanction de l'illégalité lorsque l'intérêt que le rétablissement de la légalité froissé garantit s'avère minime au regard du préjudice causé par l'anéantissement du droit porté par l'acte annulé. Cette dimension quasi-horizontale de ces configurations contentieuses est renforcée depuis l'arrêt *Société Orléans Gestion*¹⁴¹⁷ qui oblige l'administration saisie d'un recours contre une décision individuelle créatrice de droit à recueillir les observations du titulaire de ce droit. Cette solution est également valable au contentieux. Yann Aguila soutenait ainsi, en ses conclusions sur un arrêt *association Quercy Périgord*, qu'« il y a des

¹⁴¹⁴ Le principe de confiance légitime, qui en est la traduction subjective, est un principe général du droit de l'Union européenne, pourrait également être méconnu dans son champ d'application : CJCE, 3 mai 1978, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contre Commission des Communautés européennes*, 112/77, Rec. p. 1019 ; CJCE, 5 mai 1981, *Firma Anton Dürbeck contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, 112/80, Rec. p. 1095. Selon un rapport du Conseil d'État, ce principe tend à « ne pas tromper la confiance que les administrés ont pu, de manière légitime et fondée, placer dans la stabilité d'une situation juridique en modifiant trop brutalement les règles de droit », (SECTION DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La documentation française, EDCE, 2006, p. 283) ; V. également, Jean-Bernard AUBY, « La bataille de San Romano », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 912-926 (922) ; Fabrice MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société*, 2004, n° 56-57, pp. 143-149. Le Conseil d'État a appliqué à de nombreuses reprises ce principe dans le champ d'application du droit de l'Union : CE, 16 mars 1998, *Association des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires et Melle Poujol*, n° 190768, *Leb.* p. 84 ; CE, ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, préc. ; CE, 9 mai 2001, *Entreprise Transports Freymuth*, n° 210944, *Tables Leb.*, p. 865, 1151 ; CE, ass., 11 juillet 2001, *FNSEA*, n°s 219494, 221021, 221274, 221275, 221412, *Leb.* p. 340, com. Louis DUBOIS, *R.F.D.A.*, 2002, p. 33 ; CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460, *Leb.* p. 154.

¹⁴¹⁵ Pierre DELVOLVÉ, « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., p. 12.

¹⁴¹⁶ Daniel LABETOULLE observe que lorsque « l'administration délivre un titre ou une autorisation à un administré et c'est un autre administré qui se présente comme demandeur devant le juge, [...], au fond, le défendeur n'est plus l'administration mais le détenteur de l'autorisation administrative », (Guy BRAIBANT, Roland DRAGO, Yves GAUDEMET, Daniel LABETOULLE, Arnaud LYON-CAEN, Pierre LE MIRE, Jacques MOREAU, Georges VEDEL, Philippe WAQUET, « Questions du droit administratif (débat) », préc., p. 20).

¹⁴¹⁷ CE, 3 septembre 2009, *Société Orléans Gestion*, n° 301095, *Tables Leb.* p. 978.

personnes qui de toute évidence, sont de véritables parties [...]. Tel est [...] le cas dans le cadre d'une configuration triangulaire assez fréquente, du bénéficiaire d'une autorisation administrative attaquée devant le juge qui est bien, nous semble-t-il, une partie au litige et non un tiers »¹⁴¹⁸. Dans le contentieux de l'annulation des permis de construire, le bénéficiaire de l'autorisation peut participer à l'instance pour défendre la légalité de la décision ayant créé des droits à son profit, ce qui lui confère la qualité de partie¹⁴¹⁹.

499. Lorsqu'il sollicite l'application du droit conventionnel, le requérant tiers à l'acte doit quant à lui établir que la stipulation qu'il invoque lui confère un droit subjectif. En conséquence, cette configuration contentieuse présente bien le caractère d'un contentieux entre deux personnes titulaires de droits subjectifs opposés. L'effet direct constitue un instrument de préservation de l'équilibre entre la stabilité des situations juridiques individuelles et la protection de la légalité. Le tiers attaquant l'acte administratif devant lui-même justifier de l'affectation de son droit subjectif conventionnel, l'annulation du droit dont est titulaire le destinataire de l'acte attaqué ne saurait être assimilée à une application trop mécanique du principe de légalité. La subordination de l'invocabilité du droit conventionnel à son effet direct change l'office du juge de l'excès de pouvoir qui tranche alors un litige opposant deux titulaires de droits subjectifs antinomiques. Le filtre de l'effet direct permet alors d'éviter le risque d'un effet d'exclusion horizontale du type de celui qui put être craint lors de l'arrêt *Mangold* de la Cour de justice¹⁴²⁰.

500. Pour illustrer l'opportunité du maintien de l'effet direct dans telle configuration contentieuse, il est possible de se référer à un litige dans lequel une autorisation de construire est contestée par un tiers non destinataire de l'acte. Ainsi, dans l'arrêt *Comité interprofessionnel de Champagne*¹⁴²¹, ledit Comité met cause le droit détenu par l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs, au titre du décret du 4 septembre 1989¹⁴²², de créer un centre de stockage de déchets radioactifs. Il paraît alors s'inscrire dans la logique de préservation de stabilité des situations juridiques qu'il soit exigé que les articles 6, paragraphe 4 et 8, et l'article 8 de la Convention d'Aarhus, relatifs à la participation aux

¹⁴¹⁸ Yann AGUILA, « Une personne appelée par le juge est partie », conclusions sur CE, 10 janvier 2005, association Quercy-Périgord, n° 265838, *A.J.D.A.*, 2005, pp. 332-335 (334).

¹⁴¹⁹ CE, sect., 3 octobre 2008, *Roche*, n° 291928, *Leb.* p. 339.

¹⁴²⁰ CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, préc. Pour une présentation des conditions d'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux, V. *supra*, partie 1, Titre 2, chapitre 1, Section 1, paragraphe 1, A, 2), a) ii).

¹⁴²¹ CE, 27 juillet 2009, *Comité interprofessionnel des vins de Champagne*, préc.

¹⁴²² Décret du 4 septembre 1989 autorisant la création du centre de stockage de déchets radioactifs de l'Aube.

projets ayant une incidence environnementale¹⁴²³, dont l'association se prévaut, soient suffisamment clairs pour lui conférer un droit subjectif propre à anéantir le droit de propriété de l'Agence de gestion des déchets radioactifs¹⁴²⁴.

b) Le problème du contournement de l'effet direct par l'exception d'illégalité

501. Si le Conseil d'État venait à consacrer l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel, le maintien de l'effet direct dans les litiges triangulaires mettant en cause la légalité d'un acte individuel pourrait se voir son utilité neutralisée par l'application de la jurisprudence *Palazzi*¹⁴²⁵ au droit conventionnel. Ce détour procédural est problématique dans une configuration contentieuse où l'effet direct joue un rôle dans la sauvegarde de la sécurité juridique. La subordination de l'invocabilité à l'effet direct permet ici d'y tirer les conséquences de « l'effet horizontal induit »¹⁴²⁶, autrement dit le risque de faire supporter à un particulier les conséquences juridiques de l'application de la convention, en évaluant le bien-fondé de la substitution du droit subjectif du requérant au droit subjectif du destinataire de l'acte attaqué. Mais la jurisprudence *Alitalia*¹⁴²⁷ exige que la décision individuelle concrétisant l'acte réglementaire dont la contrariété aux objectifs d'une directive a été constatée à l'occasion d'une exception d'illégalité soit laissée inappliquée. Ainsi que le note le juge Jean-Marc Sauvé, une telle solution conduit le droit de l'Union à « affecter, de manière incontestable au demeurant, des situations juridiques »¹⁴²⁸. L'extension du jeu de l'exception

¹⁴²³ L'article 6, paragraphe 4 stipule : « Chaque partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence » ; l'article 6, paragraphe 8 stipule que « Chaque partie veille à ce que, au moment de prendre sa décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération » ; et l'article 8 stipule que : « Chaque Partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié - et tant que les options sont encore ouvertes - durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement ».

¹⁴²⁴ Le Conseil d'État exclut l'effet direct de ces stipulations : CE, 16 novembre 2011, *Société Ciel et Terre*, n°344972, *Tables Leb.* pp. 746, 825, 947 ; CE, 20 mars 2013, *Association Robin des toits*, n°354321, inédit ; CE, 25 septembre 2013, *Société française pour l'environnement*, n°352660, inédit ; CE, 16 juillet 2014, *Conseil national des professions de l'automobile*, n°365515, inédit.

¹⁴²⁵ Pour l'exception d'illégalité d'une loi : CE, 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, préc. ; pour l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire : CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc. ; pour l'exception d'illégalité d'une règle jurisprudentielle : CE, ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc.

¹⁴²⁶ Philippe MANIN, « L'invocabilité des directives, quelques interrogations », préc., p. 685.

¹⁴²⁷ CE, ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, préc.

¹⁴²⁸ Jean-Marc SAUVE, « État de droit et efficacité », *A.J.D.A.*, 1999, pp. 119-122 (119).

d'illégalité conduit à conférer au juge le pouvoir de laisser inappliquée la quasi-intégralité des actes administratifs individuels contraires aux directives¹⁴²⁹. Il est d'ailleurs probable que ce phénomène de contagion instillé par l'invocabilité d'exclusion qui amène *de facto* à une attaquabilité des actes administratifs individuels sur le fondement de normes dépourvues d'effet direct ait orienté la jurisprudence *GISTI et FAPIL*¹⁴³⁰. Il convient donc d'observer comment la technique de l'exception d'illégalité a permis de diffuser l'invocabilité des directives sans effet direct dans la majorité des configurations contentieuses, avant de se prononcer sur l'opportunité de consacrer l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel dans les litiges triangulaires.

502. Dans l'affaire *association sortir du nucléaire*¹⁴³¹, le Conseil d'État attacha ainsi à la violation de la directive 85/337¹⁴³², alors dépourvue d'effet direct¹⁴³³, l'effet d'invalider un acte administratif individuel créateur de droit. Concrètement, il fut jugé qu'une « *autorisation litigieuse a été donnée au terme d'une procédure d'information du public incompatible avec les objectifs de cette directive* ». Le décret ministériel accordant à la société Electricité de France le droit de démanteler l'installation nucléaire des Monts d'Arrée fut annulé, pour manquement à l'obligation de participation du public concerné consacré à l'article 2 de la directive 85/337. Le Conseil d'État estimait que « *nonobstant l'absence de règles nationales sur ce point, les dispositions du décret contesté devaient assurer une communication des informations au public compatibles avec les objectifs de la directive* ». En application de la jurisprudence *Tête*, la très haute juridiction administrative conférait à la directive invoquée l'effet d'exclusion qui s'attache à celles d'entre elles qui ne sont pas transposées à l'issue du délai de transposition¹⁴³⁴. De sorte que dans ce litige, l'association *sortir du nucléaire* obtint

¹⁴²⁹ Annulation d'une décision d'application d'une loi : CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, préc. ; annulation d'une décision d'application d'un acte réglementaire : CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc. ; annulation d'une décision d'application règle jurisprudentielle : CE, ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc.

¹⁴³⁰ C'est en tout cas l'opinion des rapporteurs Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU selon qui, soulignant que « *la voie de l'exception infirme la règle* » supposent que « *[s]i le droit de l'Union européenne est expressément réservé par la décision GISTI, il ne faut pas exclure que la solution retenue par l'assemblée se soit, comme invitait à le faire, en en tirant des conséquences inverses, le rapporteur public, alimenté à son laboratoire* », (« Les aléas de l'effet direct », préc., p. 940).

¹⁴³¹ CE, 6 juin 2007, *Association le réseau sortir du nucléaire*, n°292386, *Leb.* p. 242.

¹⁴³² Directive du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 85/337/CEE, JO L 175 du 5/7/1985, pp. 40-48.

¹⁴³³ Arrêt rendu 11 ans avant la jurisprudence *Perreux* : CE, ass., 30 octobre 2009, *Emmanuelle Perreux*, préc.

¹⁴³⁴ Denys SIMON, « Effet direct des directives non transposées », *Europe*, novembre 2007, pp. 15-16.

l'annulation du droit subjectif de la société électricité de France sur le fondement d'une directive qui, avant l'arrêt *Perreux*¹⁴³⁵, ne pouvait pas de son côté être la source de tels droits.

503. Cette solution est en définitive fidèle à la jurisprudence de la Cour de justice qui a souvent reconnu une invocabilité d'exclusion à certaines directives dépourvues d'effet direct dans des configurations triangulaires et ce, au détriment du destinataire de l'acte litigieux qui souffrait des incidences négatives de son annulation¹⁴³⁶. Dans l'affaire *Krizan*, la Cour de justice était appelée par la Cour suprême de la République slovaque à se prononcer sur la question de savoir si l'annulation d'une autorisation de construire une décharge de déchets accordée en violation des dispositions de la directive 96/61 était conciliable avec le droit de propriété de l'exploitant. La juridiction de l'Union a alors jugé que « *des restrictions peuvent être apportées à l'usage de ce droit, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi garanti [...]. En ce qui concerne les objectifs d'intérêt général visés précédemment, il résulte d'une jurisprudence constante que la protection de l'environnement figure parmi ces objectifs et est donc susceptible de justifier une restriction à l'usage du droit de propriété* »¹⁴³⁷. Une décision d'une juridiction d'un État membre, rendue dans le cadre d'une procédure nationale mettant en œuvre les obligations résultant de l'article 15 bis de la directive 96/61 et de l'article 9, paragraphes 2 et 4, de la convention d'Aarhus, qui annule une autorisation accordée en violation des dispositions de ladite directive, n'est donc pas susceptible de constituer une atteinte injustifiée au droit de propriété de l'exploitant consacré par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

504. Tim Corthaut et Koen Lenaerts apportent leur soutien à cette jurisprudence. Ils affirment ainsi, à propos de l'affaire *Wells*¹⁴³⁸ dont la configuration contentieuse était équivalente à l'affaire *Krizan*, que « *yes there is also the unfortunate company that actually*

¹⁴³⁵ CE, ass., 30 octobre 2009, *Emmanuelle Perreux*, préc.

¹⁴³⁶ CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, préc. ; CJCE, 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund e.a. contre Autonome Provinz Bozen e.a.*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 15 janvier 2013, *Jozef Krizan et autres contre Slovenská inšpekcia životného prostredia*, préc. Il est à noter que la jurisprudence *Unilever* ne relève pas réellement de cette hypothèse, la configuration contentieuse y étant horizontale et l'obligation portée par directive revêtant un caractère procédural : CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever Italia SpA et CentralFood SpA*, C-443/98, Rec. p. I-7535.

¹⁴³⁷ CJUE, Gde chbre, 15 janvier 2013, *Jozef Krizan et autres contre Slovenská inšpekcia životného prostredia*, préc., pts. 113 et 114.

¹⁴³⁸ CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells contre Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, Rec. p. I-723.

would have benefited from the permit, but is now left with nothing. Yet, basically, that is not because of the Directive as such. This is inherent in the concept of legality control »¹⁴³⁹. Partant, ils estiment que si la Cour accepte l'invocabilité d'exclusion dans les litiges triangulaires, elle devrait faire de même dans les litiges horizontaux, sans quoi elle continuerait de discriminer entre les justiciables à raison des règles procédurales régissant les modes de contestation de la légalité des actes étatiques auxquels ils sont assujettis¹⁴⁴⁰. Eu égard au soutien qu'apporte le principe d'effectivité à cet argumentaire, comme en témoigne la place centrale qui lui était accordée par la Cour dans l'affaire *Wells*¹⁴⁴¹, l'analyse emporte la conviction pour le droit de l'Union européenne¹⁴⁴². Elle ne saurait en revanche être transposée au droit international qui n'encadre pas l'autonomie procédurale des parties contractantes aux conventions internationales.

505. La nécessité de sanctionner le défaut de transposition des directives peut justifier leur invocabilité d'exclusion dans le cadre d'actions formées à l'encontre de certains actes étatiques individuels dévolutifs de droit¹⁴⁴³. Mais il ne nous apparaît pas souhaitable d'étendre cette invocabilité au droit conventionnel. Lorsqu'elle n'est pas d'effet direct, la norme conventionnelle imprécise n'a en effet pas pour objet de générer des obligations dans le chef des particuliers. C'est pourquoi, il apparaît en définitive opportun de limiter la possibilité de

¹⁴³⁹ Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 300. Traduction : « Certes, l'entreprise qui aurait bénéficié d'un permis de construire souffre d'en être privée. Mais, au fond, ce n'est pas à cause de la Directive en tant que telle. Cela est inhérent au concept de contrôle de légalité ».

¹⁴⁴⁰ Koen LENAERTS et Tim CORTHAUT soutiennent ainsi que : « [a]llowing for legally binding norms of EU law to be used during proceedings for direct judicial review of a national act, despite the adverse repercussions the annulment of such an act may have on the rights of private parties, but at the same time preventing such norms of EU law from being used during proceedings between private parties where the validity of the same national act is at stake and the adverse repercussions are not fundamentally different, only creates inconsistencies and discriminatory distinctions, purely on the basis of the enforcement mechanism provided for by national law », (« Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 307). Traduction : « permettre aux règles de droit de l'Union d'être utilisées dans le cadre des procédures de contestation de la légalité d'un acte national, en dépit des répercussions négatives que l'annulation d'un tel acte peut avoir sur les droits des personnes privées, tout en empêchant ces règles de droit de l'Union d'être utilisées dans le cadre de litiges opposant des personnes privées dans lesquels la validité du même acte national est en jeu et où les conséquences préjudiciables du jugement d'invalidité ne sont pas fondamentalement différentes, crée seulement des incohérences et des distinctions discriminatoires, purement fondées sur leurs modalités d'application permises par le droit national ».

¹⁴⁴¹ CJCE, 7 janvier 2004, *Delena Wells contre Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, Rec. p. 723, pt. 69.

¹⁴⁴² V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹⁴⁴³ Les réflexions du juge Pierre PESCATORE restent toujours d'actualité en la matière, (« L'effet des directives : une tentative de démythification », préc.) ; V. aussi, Takis TRIDIMAS, « Black, white and a shade of grey : horizontality of directives revisited », préc., pp. 333-336.

faire jouer l'effet d'exclusion du droit conventionnel aux seules hypothèses, et à toutes les hypothèses, où le requérant est destinataire de l'acte individuel attaqué.

506. En fait de droit extranational, les tenants de la logique juridique ne peuvent qu'être déçus par les solutions dictées par la sécurité juridique. La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir par la condition d'effet direct est aussi incontestable qu'elle est à déplorer ; mais elle ne doit pas pour autant être aveuglément combattue dans les configurations contentieuses où l'effet d'exclusion tendrait à diffuser des obligations conventionnelles imprécises à charge des individus. Ces entorses à la logique sont alors nécessaires pour ménager un juste équilibre entre le respect du principe de la légalité et la préservation de la stabilité des situations juridiques individuelles. L'application de l'effet direct ne mène pas aux mêmes impasses dans le recours en annulation, tant cette voie de droit est empreinte de subjectivité.

§ 2. La confirmation de la subjectivité du recours en annulation

507. Le recours en annulation se distingue du recours pour excès de pouvoir en ce que « *le contentieux européen de l'annulation est un contentieux subjectif* »¹⁴⁴⁴. Ce caractère subjectif du recours en annulation apporte une justification à la subordination de l'invocabilité des accords internationaux à l'effet direct dans cette voie de droit¹⁴⁴⁵. La fonction première du recours en annulation étant la protection des droits que les requérant tirent du droit de l'Union, subordonner l'aptitude d'une norme à s'ériger en référentiel du contrôle de la légalité à son effet direct ne constitue par nécessairement un illogisme.

508. Le subjectivisme du recours en annulation est hérité du contentieux administratif allemand¹⁴⁴⁶. Seuls les justiciables lésés dans « *leur position juridique* » sont recevables à agir

¹⁴⁴⁴ Athanase POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du Traité Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne. Est-il (encore) légitime d'évoquer l'existence d'une "tache dans le paysage du droit communautaire que constitue la jurisprudence sur la recevabilité" ? », *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 167-194 (169).

¹⁴⁴⁵ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pts. 101-102.

¹⁴⁴⁶ Michel FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE », préc., p. 62 ; Jean-Claude BONICHOT, Francis DONNAT, « Comparaisons et raisons du recours en annulation devant la Conseil d'État et devant la juridiction communautaire », préc., p. 25.

devant le juge communautaire de l'annulation, de sorte qu'une lecture "objective" de son office est exclue. Bien que la jurisprudence *Sofrimport*¹⁴⁴⁷ ait conduit à abandonner la non attaquabilité des actes de portée générale, de nombreux indices témoignent de l'influence du droit allemand sur le contentieux de l'Union de l'annulation. Le contrôle de la légalité de type germanique repose en premier lieu sur la protection des droits subjectifs des particuliers. Jürgen Schwarze a expliqué à son propos que « *certes le requérant participe au contrôle de la légalité de l'action administrative en formant son recours juridictionnel, mais la requête formée devant le juge administratif poursuit avant tout l'objectif prioritaire de garantir les droits subjectifs du requérant* »¹⁴⁴⁸. Cette analyse peut être étendue au recours en annulation de l'Union européenne, tout en gardant à l'esprit la pensée de Jhering qui a très tôt mis en évidence la perméabilité de ces deux fonctions contentieuses¹⁴⁴⁹ : « *dans mon droit, c'est le droit tout entier qui est violé et contesté ; c'est lui qui est défendu, soutenu et rétabli* »¹⁴⁵⁰. Michel Fromont résumait en 1966 l'essence de la dissociation des jurisprudences de Paris et de Luxembourg en affirmant que, lorsqu'elle examinait la recevabilité d'une requête, la Cour a été amenée « *à raisonner non plus sur le plan des faits comme en France, mais sur le plan juridique comme en Allemagne* »¹⁴⁵¹. Le subjectivisme du contentieux administratif se trouve donc aux sources des rigueurs des conditions de recevabilité du recours en annulation unioanaire.

¹⁴⁴⁷ La Cour consacre l'attaquabilité des actes impersonnels en jugeant qu'en « *ce qui concerne la question de savoir si la requérante est individuellement concernée, il y a lieu d'examiner si les actes contestés l'atteignent en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne. A cet égard, il convient de constater, en premier lieu, que la requérante se trouve dans la situation prévue par l'article 3, paragraphe 3, du règlement [...] du Conseil, du 19 décembre 1972, définissant les conditions d'application des mesures de sauvegarde dans le secteur des fruits et légumes qui impose à la Commission de tenir compte, lors de l'adoption de telles mesures, de la situation particulière des produits en cours d'acheminement vers la Communauté. Seuls se trouvent dans cette situation les importateurs de pommes chiliennes dont les marchandises se trouvaient, au moment de l'adoption du règlement n° 962/88, en cours d'acheminement. Ces importateurs constituent donc un cercle restreint, suffisamment caractérisé par rapport à tout autre importateur de pommes chiliennes, et qui ne peut pas être élargi après l'entrée en vigueur des mesures de suspension en cause. Il convient de constater, en second lieu, que l'article 3, précité, conférant une protection spécifique à ces importateurs, ceux-ci doivent, dès lors, pouvoir exiger que cette protection soit respectée et être en mesure d'introduire à cet effet un recours juridictionnel. Les importateurs dont les marchandises se trouvaient en cours d'acheminement au moment de l'entrée en vigueur des règlements attaqués doivent, par conséquent, être considérés comme individuellement concernés par ceux-ci dans la mesure où les actes concernent lesdites marchandises* » : CJCE, 26 juin 1990, *Sofrimport contre Commission*, C-152/88, Rec. p.I-2477, pts 10-13.

¹⁴⁴⁸ Jürgen SCHWARZE, « Grundlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland », préc., p. 23.

¹⁴⁴⁹ Protection des droits et protection du droit.

¹⁴⁵⁰ Rudolf VON JHERING, *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, Paris, trad. O. de Meulenaere, réed. (1890) 2006, p. 62.

¹⁴⁵¹ Michel FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE », préc., p. 62.

509. La qualité de norme de référence du contrôle de légalité a logiquement vocation à être réservée aux règles porteuses de droits subjectifs dans le recours en annulation. Saisi par un requérant ordinaire, la juridiction de Luxembourg veille en effet à la protection effective de la situation juridique des administrés. Il exige en conséquence que soit alléguée la méconnaissance d'une norme créatrice de droit et contrôle cette propriété tant au stade de la recevabilité que de l'invocabilité. Pour qu'un recours en annulation soit jugé recevable, l'acte attaqué doit porter grief à un droit subjectif dont le justiciable est titulaire (A). En conséquence, lorsque le juge de l'annulation examine l'effet direct de la norme de référence, il vérifie tacitement que celle-ci concrétise le droit subjectif jugé affecté au stade de la recevabilité (B). Le trouble naît toutefois du fait que cette concrétisation normative du droit subjectif prétendument lésé est souvent contrôlée dès l'examen de la recevabilité de la requête, rendant alors superflu tout contrôle de l'effet direct lors de l'examen au fond de l'argumentaire de parties (C).

A. Identification du caractère subjectif du recours en annulation

510. La place centrale de l'affectation de la situation juridique dans l'examen de la recevabilité du recours en annulation atteste de sa fonction : la protection des droits subjectifs que l'individu tire du droit de l'Union. Jean-Marc Whoerling observe que « *les conditions d'exercice du recours sont [...] nettement marquées par l'approche subjective : si des recours objectifs sont ouverts aux organes de la Communauté, les recours des particuliers sont réservés à ceux qui sont directement et individuellement concernés, ce qui fait référence à une inspiration de type subjectif* »¹⁴⁵². Certains auteurs avaient, par le passé, opéré un diagnostic inverse concluant que la jurisprudence de la Cour « *consacre bien la notion d'un intérêt lésé* »¹⁴⁵³ proche de celle adoptée par le juge français de l'excès de pouvoir. Ami Barav

¹⁴⁵² Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, op. cit., p. 310.

¹⁴⁵³ Robert KOVAR, Ami BARAV, « Variations nouvelles autour d'un thème ancien : les conditions de recevabilité du recours en annulation dans la CEE. A propos d'un acte pris sous l'apparence d'un règlement », *Cah. dr. eur.*, 1976, pp. 68-109 (93) ; plus récemment Marguerite CANEDO soutenait que lorsqu'est examiné l'intérêt à agir, « [s]i une différence entre droit communautaire et droit administratif français devait [...] être relevée, elle résiderait sûrement dans l'appréciation des conditions ainsi mises en œuvre [...]. Mais il ne s'agit là sans doute d'une différence de degré et non d'une différence de nature », (« L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *R.T.D. eur.*, 2000, pp. 451-510 (484)).

et Robert Kovar ont à ce propos pu être induits en erreur par les conclusions – marquées par un grand attachement à une conception objective du contentieux du recours en annulation – des avocats généraux Roemer et Mayras. L'avocat général allemand affirmait en 1965 qu'aucune interprétation de l'article 173 du TCE [actuel article 263 du TFUE] « *n'autorise à ne pas tenir compte que des groupes de personnes pour lesquelles la prétendue violation de droits protégés particuliers entraîne des préjudices dans des cas concrets* »¹⁴⁵⁴. Dans la même optique, Henri Mayras confirmait en 1973 que l'article 173 du TCE [actuel article 263 du TFUE] « *s'inscrit dans le cadre d'un contentieux objectif dont le but est d'assurer le respect de la légalité communautaire, indépendamment de toute revendication d'un droit subjectif* »¹⁴⁵⁵.

511. Les développements jurisprudentiels ultérieurs ont cependant rattaché les conditions de recevabilité à l'existence d'un droit lésé et, ce faisant, confié au recours en annulation la fonction de protéger la situation juridique des administrés. Le recours en annulation n'en constitue pas moins l'instrument principal¹⁴⁵⁶ du contrôle de la légalité des actes de l'Union, car « *en défendant leurs droits, les particuliers contribuent à la défense de l'[Union] de droit* »¹⁴⁵⁷. Paul Cassia a mis en évidence la dimension subjective du recours en annulation en démontrant, à l'appui d'une analyse approfondie de la jurisprudence du juge communautaire de l'annulation, qu'« *une simple atteinte à une situation de fait ne confère pas à elle seule qualité individuelle pour agir en annulation* »¹⁴⁵⁸. À sa suite, Athanase Popov remarque que « *c'est surtout l'existence d'un lien de droit entre le requérant et la décision attaquée qui est de nature à faire qu'il soit individuellement concerné par ces dernières* »¹⁴⁵⁹.

512. Il est en effet apparent que la lésion d'un droit est nécessaire pour être jugé recevable à agir, que l'acte attaqué soit individuel (1), ou de portée générale (2).

¹⁴⁵⁴ Karl ROEMER, 9 février 1965, conclusions sur CJCE, *Marcello Sgarlata contre Commission*, 40/64, *Rec.* p. 279 (304).

¹⁴⁵⁵ Henri MAYRAS, 27 juin 1973, conclusions sur CJCE, *Merkur-Außenhandels-GmbH contre Commission*, 43/72, *Rec.* p. 1055 (1079).

¹⁴⁵⁶ L'adjectif est employé par Frédérique BERROD dans sa thèse de doctorat, (*La systématique des voies de droit communautaire*, *op. cit.*, p. 179).

¹⁴⁵⁷ Jean-Pierre LEBRETON, « Présentation générale », in *État de droit et urbanisme*, Paris, GRIDAUH, 2004, p. 29.

¹⁴⁵⁸ Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, *op. cit.*, p. 518.

¹⁴⁵⁹ Athanase POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du Traité Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne. Est-il (encore) légitime d'évoquer l'existence d'une "tache dans le paysage du droit communautaire que constitue la jurisprudence sur la recevabilité" ? », *préc.*, p. 171.

1) Le contrôle de l'affectation potentielle d'un droit du requérant

513. La jurisprudence de la Cour témoigne d'une grande rigidité dans l'établissement de l'intérêt pour agir, elle a pu en effet à ce titre affirmer que « *la recevabilité du recours en annulation au titre de l'article 173 du traité [actuel article 263 du TFUE] dépend [...] des critères d'individualisation exigeant plus que la simple affectation des intérêts de l'entreprise* »¹⁴⁶⁰. Le Tribunal de première instance a explicitement consacré le lien existant entre la modification de la situation juridique et la recevabilité dans une ordonnance *FNSEA* lorsqu'il a déduit de la jurisprudence antérieure¹⁴⁶¹ que « *pour que des opérateurs économiques puissent être considérés comme individuellement concernés par l'acte dont ils demandent l'annulation, il faut qu'ils soient atteints dans leur position juridique* »¹⁴⁶².

514. De la même manière, dans l'affaire *Salamander*, le Tribunal de première instance a considéré que la simple atteinte à un intérêt factuel était insuffisante pour admettre la recevabilité d'un recours formé contre l'acte qui en est la cause, en jugeant qu'« *il incombe à la Cour de vérifier si la directive [attaquée] produit par elle-même des effets sur la situation juridique des requérants* »¹⁴⁶³. Si bien que la simple atteinte à un intérêt factuel ne confère pas un intérêt pour agir au requérant¹⁴⁶⁴. Cette jurisprudence s'inspire des solutions retenues par la Cour constitutionnelle allemande en matière de droit au recours juridictionnel. La Cour de Karlsruhe a ainsi jugé que « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique peut former un recours juridictionnel sur le fondement de l'article 19 IV de la loi fondamentale. La*

¹⁴⁶⁰ TPICE, ord., 30 septembre 1997, *Federazione nazionale del commercio oleario (Federolio) contre Commission*, T-122/96, pt. 75.

¹⁴⁶¹ CJCE, ord., 21 juin 1993, *Comaco contre Conseil*, C-288/93, np.

¹⁴⁶² TPICE, ord., 28 octobre 1993, *Fédération régionale des syndicats d'exploitants agricoles (FRSEA) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, T-476/93, Rec. p. II-1187, pt. 20.

¹⁴⁶³ TPICE, 27 juin 2000, *Salamander AG e.a. contre Parlement européen et Conseil*, T-172/98, T-175/98 à T-177/98, Rec. p. II-2487, pt. 53.

¹⁴⁶⁴ Le Tribunal a jugé que « *le seul fait qu'un acte soit susceptible d'avoir une influence sur la situation matérielle des requérants ne suffit pas pour que l'on puisse considérer qu'il les concerne directement* » : TPICE, (ord.), 18 février 1998, *Comité d'entreprise de la Société de production e.a. contre Commission des Communautés européennes*, T-189/97, Rec. p. II-335, pt. 48. Julianne KOKOTT estime au contraire qu'en dépit d'une sémantique laissant penser à l'exigence de la lésion d'un droit, la juridiction de l'Union admet le simple grief factuel. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Inuit* de la Cour de justice, l'Avocat général Kokott se dit « *pas entièrement convaincue que cette formule soit véritablement propre à définir complètement le critère de l'intérêt direct au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. D'une part, en effet, il n'est pas rare que la jurisprudence, parfaitement à bon droit, accueille comme étant recevables des recours en annulation formés par des particuliers contre des actes de l'Union dont les effets sur les requérants ne sont pas des effets de droit, mais des effets purement matériels en raison du fait, par exemple, qu'ils sont directement concernés en leur qualité d'opérateurs livrés à la concurrence de leurs congénères* », (conclusions du 17 janvier 2013 sur CJCE, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. contre Parlement et Conseil*, C-583/11 P, pt. 71).

garantie du recours juridictionnel suppose que l'intéressé a droit à la reconnaissance d'une situation juridiquement garantie (*rechtposition*), la lésion de simples intérêts ne suffit pas »¹⁴⁶⁵. Ainsi, l'établissement d'une affectation de la situation juridique du requérant par l'acte attaqué est nécessaire pour que la requête soit jugée recevable par la Cour¹⁴⁶⁶.

515. Dans l'affaire *Japan Tobacco*, la lésion d'un droit subjectif du requérant fut plus explicitement désignée par la Cour comme une condition nécessaire à la recevabilité de la requête. Elle jugea alors que l'acte attaqué devait avoir pour « *effet immédiat de le priver d'un droit ou de lui imposer une obligation* », et opérer par lui même « *une modification automatique et immédiate des droits existants dans le patrimoine juridique des requérants* »¹⁴⁶⁷. Autrement dit, la juridiction de Luxembourg estimait nécessaire d'établir, dès l'examen de la recevabilité, le droit du justiciable d'obtenir de la Commission une action contre la constitution d'ententes dans son domaine d'activité économique. Ce rôle déterminant de l'existence d'un droit subjectif affecté par l'acte attaqué fut corroboré par la solution adoptée lors de l'arrêt *Merck*. Pour rejeter la requête formée par l'industriel pharmaceutique contre les décisions de la Commission prohibant aux États membres d'interdire l'importation de produits pharmaceutiques provenant d'Espagne, le Tribunal de première instance jugea que « *les décisions attaquées n'ont pas eu pour effet de modifier un droit subjectif préexistant des titulaires des brevets en cause* »¹⁴⁶⁸. De manière générale, le juge s'attache constamment, dans l'examen de la recevabilité d'un recours en annulation, à établir la méconnaissance potentielle d'un droit subjectif juridiquement protégé¹⁴⁶⁹. Paul Cassia observe ainsi que « *les juridictions communautaires, au-delà de la simple lésion d'un*

¹⁴⁶⁵ BverfGE, 9 janvier 1991, 83, 182 (194) ; 18 juin 1997, 96, 100 (110). Traduction Laure JEANNIN, *Le droit au recours juridictionnel des personnes privées en droit public comparé franco-allemand*, Thèse, Universités Panthéon Sorbonne et de Regensburg, 2003.

¹⁴⁶⁶ C'est ce qui ressortait déjà de l'arrêt *Bethell* à l'occasion duquel la Cour de justice, saisie d'une contestation du refus de la Commission d'agir contre la constitution d'ententes dans le secteur aérien, jugea que « *la question primordiale qu'il s'agit de résoudre en l'occurrence consiste à savoir si la Commission, avait, en vertu du droit communautaire, le droit et l'obligation de prendre à l'égard du requérant une décision dans le sens que ce dernier lui avait demandé de faire ...* », (CJCE, 10 juin 1982, *Lord Bethell contre Commission*, 246/81, *Rec.* p.2277, pt. 15). L'effet réflexe de cette norme veut donc que le requérant soit titulaire du droit corrélatif de cette obligation, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence puisque la Commission n'était pas dans l'obligation d'ouvrir sur sa demande une procédure d'investigation à l'égard de tiers.

¹⁴⁶⁷ TPICE, ord., 10 septembre 2002, *Japan Tobacco et JT international contre Parlement européen et Conseil*, T-223/01, *Rec.* p. II 3259, pt. 50.

¹⁴⁶⁸ TPICE, ord., 3 juin 1997, *Merck & Co. Inc. contre Commission*, T-60/96, *Rec.* p. II-849, pt. 44, nous soulignons.

¹⁴⁶⁹ Athanase POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du Traité Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne. Est-il (encore) légitime d'évoquer l'existence d'une "tache dans le paysage du droit communautaire que constitue la jurisprudence sur la recevabilité" ? », préc., p. 171.

intérêt, recherchent si le requérant dispose d'un droit et invoque la violation de ce droit qu'il détient [...], pour déclarer recevable un recours en annulation »¹⁴⁷⁰. La dimension subjective du recours en annulation, faisant de la protection des droits le moyen de la préservation de la légalité, conduit donc la juridiction de Luxembourg à examiner l'invocabilité de certains droits subjectifs dès le stade de la recevabilité. De sorte que l'effet direct est une condition logique de l'aptitude d'une règle à constituer une norme de référence du contrôle de légalité dans le cadre du recours en annulation.

516. En outre, en dehors de l'exception ouverte par la clause dite *Jégo-Quéré*¹⁴⁷¹, cette condition de recevabilité n'est pas satisfaite en simple considération de l'affectation d'un droit préexistant. Dans une affaire *Saint-Gobain*, la Cour estime au surplus que « la seule existence d'un droit, potentiellement remise en cause par la décision attaquée, n'est pas susceptible d'individualiser le titulaire dudit droit lorsqu'il est constant que ce même droit est accordé, en application d'une règle générale et abstraite, à une multitude d'opérateurs déterminée objectivement »¹⁴⁷². En conséquence le droit préexistant et potentiellement¹⁴⁷³ méconnu doit être exclusif au requérant pour que celui-ci soit recevable à agir¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷⁰ Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, op. cit., p. 544.

¹⁴⁷¹ Article 263, alinéa 4 TFUE : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». Nous soulignons.

¹⁴⁷² TPIUE, 11 septembre 2007, *Fels-Werke GmbH, Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH et Spenner-Zement GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, T-28/07, pt. 63 ; V. également, TribUE, 16 décembre 2011, *Enviro Tech Ltd contre Commission européenne*, T-291/04, pt.116 ; CJUE, 23 avril 2009, *Markku Sahlstedt e.a. contre Commission des Communautés européennes*, C-362/06 P, Rec. p. I-2903, pt. 32 ; TPIUE, 28 novembre 2005, *EEB e.a. contre Commission européenne*, T-94/04, Rec. p. II-4919, pts. 53 à 55.

¹⁴⁷³ La juridiction de l'Union s'est parfois laissé aller au-delà du contrôle de la violation potentielle du droit de l'Union, en vérifiant la réalité de sa méconnaissance lors de l'examen du caractère actuel de son affectation. Ainsi, dans l'affaire *Nancy Fern Olivieri*, le Tribunal estime que : « si la requérante était en droit de s'assurer que le CSP [comité des spécialistes pharmaceutiques] et la Commission examinent les informations qu'elle a directement transmises au CSP afin de contribuer à l'évaluation scientifique de la déféripnone et de garantir l'authenticité des résultats obtenus dans le cadre de l'essai LA-01, ce droit s'est éteint à compter du moment où lesdites informations ont été examinées et prises en compte dans le cadre de cette procédure d'évaluation. En conséquence, la requérante n'a plus d'intérêt à agir pour contester la légalité de la décision attaquée en ce qui concerne l'examen de l'exactitude et du caractère complet des informations scientifiques relatives à la déféripnone » : TPICE, 18 décembre 2003, *Nancy Fern Olivieri contre Commission des Communautés européennes*, et Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMA), T-326/99, pts. 91-92. La réalité de la prise en compte des informations du docteur Olivieri avant la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché du déféripnone relève de l'examen du bon respect de ses droits par la Commission et le Comité des spécialistes pharmaceutiques. Sans doute eût-il été plus juste que ce motif, constituant le second moyen d'annulation soulevé par le requérant, fût jugé mal fondé au fond. Le comportement de la Commission a conduit, selon le Tribunal, à éteindre le droit du requérant de s'assurer que ses informations ont été prises en compte. Ce constat aurait été employé à meilleur escient pour conclure au fond à la non violation de ce droit. Le respect d'un droit subjectif par le titulaire de l'obligation qui en procède ne fait pas disparaître le droit du patrimoine juridique

517. Cela ne revient toutefois pas à dire que la nouvelle hypothèse de recevabilité ouverte par l'article 263, alinéa 4 du TFUE s'écarte de la logique subjective du recours en annulation.

2) Un contrôle étendu à l'examen du nouveau cas de recevabilité introduit par la clause *Jégo-Quéré*

518. De prime abord, l'ouverture du prétoire de l'annulation aux recours formés contre les actes réglementaires ne concernant pas individuellement le requérant pourrait laisser penser à un abandon de l'examen de l'affectation de l'un de ses droits ; et, par là, à une forme d'objectivisation du recours en annulation. Il n'en est rien. L'avocat général Jacobs constatait déjà dans ses conclusions sur l'affaire *Jégo-Quéré* que « le contrôle exercé par le juge communautaire ne s'étend pas à tous les éléments susceptibles d'affecter la légalité de cette mesure, mais se borne à sanctionner les violations suffisamment caractérisées de règles de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers »¹⁴⁷⁵. L'ouverture du prétoire de l'annulation reste donc limitée à ceux des recours qui sont formés contre des actes impersonnels¹⁴⁷⁶ faisant grief à des droits que les personnes privées tirent du droit de l'Union. Le Tribunal de l'Union a ainsi estimé dans un arrêt *Rütgers* que « [s]'agissant de l'affectation directe, il est de jurisprudence constante que cette condition requiert, [...] que la mesure incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier »¹⁴⁷⁷.

de son détenteur, au contraire, il est une manifestation de son existence. En ce sens, l'ordonnance de référé du président du tribunal dans la même affaire s'était plus logiquement prononcée sur la question, non lors de l'examen de la recevabilité de la requête, mais au stade de l'examen du *fumus boni juris*, (Circonstance justifiant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'adoption de mesures provisoires ; V. TPICE, ord., 7 avril 2000, *Nancy Fern Olivieri contre Commission des Communautés européennes, et Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMA)*, C-326/99, inédit, pts. 104-108).

¹⁴⁷⁴ TribUE, ord., 7 septembre 2010, *Norilsk Harjavalta Oy, et Umicore SA/NV contre Commission européenne*, T-532/08, pt. 113.

¹⁴⁷⁵ Francis G. JACOBS, 10 juillet 2003, conclusions sur CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Jégo-Quéré et Cie SA*, C-263/02 P, Rec. p. I-3425, pt. 22.

¹⁴⁷⁶ Il ne s'agit toutefois pas de tous les actes impersonnels mais uniquement des actes réglementaires de l'Union. Le Tribunal juge ainsi dans son ordonnance *Inuit* que la nouvelle possibilité ouverte aux requérants ordinaires « ne vise pas l'ensemble des actes de portée générale, mais une catégorie de ceux-ci, à savoir les actes réglementaires », pour préciser plus loin que « sa qualification d'acte législatif ou d'acte réglementaire selon le Traité FUE repose sur le critère de la procédure, législative ou non, ayant mené à sa conclusion » : TribUE, ord., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. contre Parlement et Conseil*, T-18/10, Rec. p. II-5599, pts. 50 et 65. Ainsi défini par le Tribunal, l'acte réglementaire visé par l'article 263, alinéa 4 TFUE correspond à l'acte délégué de l'article 290, paragraphe 1 TFUE.

¹⁴⁷⁷ TribUE, 7 mars 2013, *Rütgers Germany GmbH e.a. contre Agence européenne des produits chimiques*, T-96/10, pt. 39.

L'exigence du lien de droit a été confirmée par la Cour dans son arrêt *Inuit*, à l'occasion duquel elle a jugé que la légalité des actes unionnaires qui appellent un acte complémentaire national pour atteindre la situation juridique des personnes privées ne peut être examinée que dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel en appréciation de validité¹⁴⁷⁸. La condition de l'affectation directe maintenue par la clause *Jégo Quéré* soumet donc la recevabilité des recours formés à l'appui de l'article 263, alinéa 4 du TFUE à l'affectation d'un droit du requérant.

519. L'affectation d'un droit subjectif par l'acte attaqué est donc une condition de recevabilité du recours en annulation. La recherche du droit subjectif que cette condition implique interfère alors avec l'appréciation de l'effet direct examiné au fond pour déterminer l'invocabilité de la norme de référence.

B. L'existence d'une norme porteuse de droit subjectif, condition commune à la recevabilité et à l'invocabilité

520. Paul Cassia s'est employé à établir que la recevabilité d'un recours est admise lorsque le requérant peut faire état de « *l'existence d'un droit textuellement protégé* » ou de « *la violation d'un droit fondamental* »¹⁴⁷⁹. Dans la première hypothèse, l'examen au fond de l'effet direct de la norme peut paraître superflu, dès lors que l'établissement de l'affectation d'un droit textuellement préfigure la reconnaissance de l'effet direct de l'acte juridique qui porte ce droit. Tel n'est pourtant pas toujours le cas. L'établissement de la lésion d'un droit dont l'un des instruments invoqués par le justiciable constitue le support suffit à la Cour de justice pour juger la requête recevable. Il lui appartient donc de vérifier l'aptitude à produire des droits subjectifs, c'est-à-dire l'effet direct, de celles des normes invoquées qui n'ont pas constitué le soutien de l'établissement du lien de droit entre la situation juridique du requérant et l'acte attaqué. Dans la seconde hypothèse, l'examen de l'effet direct revient à rechercher la concrétisation normative du droit fondamental attributif de la qualité pour agir au stade de la recevabilité.

¹⁴⁷⁸ CJUE, Gde chbre, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, pts. 89-107.

¹⁴⁷⁹ Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, *op. cit.*, pp. 565-621.

521. Il est admis depuis la jurisprudence *Opel Austria* que les critères de l'effet direct des accords internationaux, jusqu'alors contrôlés dans la seule procédure préjudicielle doivent également être examinés à l'occasion d'un recours en annulation. Pour admettre la requérante à se prévaloir de l'accord sur l'espace économique européen, le tribunal jugeait dans cette affaire qu'« [i]l est [...] de jurisprudence constante que les dispositions d'un tel accord peuvent produire un effet direct si elles sont inconditionnelles et suffisamment précises. [...] Il convient de constater que l'article 10 édicte une règle inconditionnelle et précise, assortie d'une seule exception, elle-même inconditionnelle et précise. Il s'ensuit que, depuis l'entrée en vigueur de l'accord EEE, cet article produit un effet direct »¹⁴⁸⁰. Les actions en annulation fondées sur des moyens d'inconventionnalité sont rares, mais la doctrine continue de considérer que le Tribunal conditionne l'invocabilité des accords internationaux à l'effet direct dans celles-ci¹⁴⁸¹. La prudence avec laquelle la juridiction de Luxembourg observe que les requérants « n'invoquent pas l'effet direct des dispositions »¹⁴⁸² lorsqu'ils sollicitent l'application de l'invocabilité *Nakajima* dans leurs actions en annulation confirme cette interprétation.

522. Dès lors qu'une action en justice a pour fonction de protéger les droits des justiciables, la limitation aux normes d'effet direct du bénéfice de l'invocabilité s'impose. Seules les méconnaissances des actes porteurs de droits subjectifs ont en effet vocation à être sanctionnées dans cette voie de droit. La garantie du respect des normes dépourvues d'effet direct, détachées de tout droit subjectif, ne relève pas de l'office du prétoire communautaire de l'annulation. Dans la mesure où la recevabilité de l'action en annulation est conditionnée à l'affectation de la situation juridique du requérant par l'acte attaqué, la norme de référence invoquée par le justiciable pour en obtenir l'annulation doit être le siège d'un droit affecté. De cette manière, les logiques propres à la dimension subjective du recours en annulation impliquent que les personnes physiques et morales ne puissent se prévaloir que du droit de l'Union doté de l'effet direct en qualité de norme de référence du contrôle de légalité. Cette exigence s'applique tant au droit interne¹⁴⁸³ qu'au droit international de l'Union¹⁴⁸⁴. Saisie

¹⁴⁸⁰ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pts. 101-102.

¹⁴⁸¹ Flavien MARIATTE, Dominique RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne. 1 : Annulation, exception d'illégalité*, op. cit., p. 201.

¹⁴⁸² CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre commission européenne*, préc., pt. 55.

¹⁴⁸³ TPICE, 28 octobre 2004, *Lutz Herrera contre Commission*, T-219/02 et 337/02, Rec. p. II-1407 ; TPICE, 11 décembre 2001, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni et autres contre Commission des Communautés européennes*, T-191/99, Rec. p. II-3677, pts. 34-37 ; TPICE, 27 novembre 2007, *Athanasios*

d'un recours en annulation, la juridiction de l'Union vérifie, au stade de la recevabilité, la potentialité pour le requérant de voir un de ses droits subjectifs violés, et examine par la suite au fond la réalité de cette violation. Le trouble naît alors du fait que l'aptitude de la norme invoquée à produire un droit subjectif n'est pas examinée comme de coutume au stade de l'examen de l'invocabilité mais à celui de la recevabilité.

C. Les méthodes d'interprétation distinctes du droit lésé et du droit invocable

523. Dans le cadre du recours en annulation, l'existence du droit subjectif est recherchée tant au stade de l'examen de la recevabilité de la requête, qu'à celui de l'appréciation de l'invocabilité de la norme de référence prétendument violée. La lésion d'un droit du requérant est appréciée au stade de la recevabilité suite à un examen concret de la situation juridique litigieuse (1). La reconnaissance de l'aptitude de la norme conventionnelle invoquée à créer un droit succède quant à elle à un examen abstrait de cette norme (2).

1) L'existence du droit affecté appréciée au prisme de la méthode de la subsomption

524. La reconnaissance d'un lien de droit entretenu par le requérant avec l'acte attaqué ne permet pas de présumer l'effet direct de la norme de référence invoquée. Le prétoire de l'annulation fait preuve d'un certain libéralisme pour reconnaître l'existence d'un droit lésé au stade de la recevabilité. Le Tribunal admet avec souplesse l'existence d'un droit d'accès aux documents des institutions de l'Union, pour en déduire qu'« *une personne qui s'est vu refuser l'accès à un document ou à une partie d'un document a déjà, de ce seul fait, un intérêt à l'annulation de la décision de refus* »¹⁴⁸⁵. Cela ne signifie pourtant pas que toutes les concrétisations normatives de ce droit conférant au requérant la qualité pour agir sont d'effet

Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne, T-3/00 et T-337/04, *Rec.* p. II-4779, pts. 214-216.

¹⁴⁸⁴ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, préc., p. II-43, pts. 101-102.

¹⁴⁸⁵ TPICE, 27 novembre 2007, *Athanasios Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne*, préc., pts. 89 ; TPICE, 11 décembre 2001, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni et autres contre Commission des Communautés européennes*, préc., pt. 26 ; TPICE, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet contre Conseil*, T-174/95, *Rec.* p. II-2289, pt. 67.

direct et créateurs de droits subjectifs. C'est ainsi que l'article 15, paragraphe 3 du TFUE¹⁴⁸⁶ relatif au droit à l'accès aux documents des institutions de l'Union est jugé dépourvu d'effet direct. Le Tribunal estime ainsi que cette disposition n'est « *pas directement applicable, dans la mesure où elle n'est pas inconditionnelle et où sa mise en œuvre dépend de l'adoption de mesures ultérieures* »¹⁴⁸⁷. Les droits susceptibles de s'ériger en normes de référence du contrôle de la légalité sont donc filtrés avec davantage de rigueur que les droits susceptibles d'être affectés défendus dans le cadre du recours en annulation. Les méthodes d'interprétation des textes invoqués diffèrent selon que le juge cherche à y déceler un droit au stade de la recevabilité et de l'invocabilité.

525. Au stade de la recevabilité, la méthode employée par la juridiction de l'Union s'inspire de la théorie de la norme de protection (*schutznormtheorie*) appliquée dans le recours en annulation allemand. En droit administratif allemand, cette méthode tend à vérifier si la requête formée par le requérant satisfait à la condition posée par l'article 42, alinéa 2 de la *Verwaltungsgerichtsordnung*¹⁴⁸⁸ qui veut que « *le recours n'est recevable que si le requérant fait valoir qu'il est lésé dans ses droits par l'acte administratif individuel en cause ou par le refus ou l'abstention de l'édicter* »¹⁴⁸⁹. La recevabilité d'une requête suppose donc l'établissement d'un droit subjectif. C'est alors qu'intervient la théorie de la norme de protection. Ainsi que l'observe Matthias Ruffert, en droit allemand, « *l'existence d'un droit subjectif ne dérive pas de la situation de fait, mais seulement des normes applicables à cette situation* »¹⁴⁹⁰. Cette méthode diffère de celle employée pour la recherche du droit subjectif au

¹⁴⁸⁶ L'article 15, paragraphe 3 du TFUE dispose que « *Tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support, sous réserve des principes et des conditions qui seront fixés conformément au présent paragraphe. - Les principes généraux et les limites qui, pour des raisons d'intérêt public ou privé, régissent l'exercice de ce droit d'accès aux documents sont fixés par voie de règlements par le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire. - Chaque institution, organe ou organisme assure la transparence de ses travaux et élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents, en conformité avec les règlements visés au deuxième alinéa. - La Cour de justice de l'Union européenne, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement ne sont soumises au présent paragraphe que lorsqu'elles exercent des fonctions administratives. - Le Parlement européen et le Conseil assurent la publicité des documents relatifs aux procédures législatives dans les conditions prévues par les règlements visés au deuxième alinéa* ».

¹⁴⁸⁷ TPICE, 27 novembre 2007, *Athanasios Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne*, préc., pt. 214 ; TPICE, 11 décembre 2001, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni et autres contre Commission des Communautés européennes*, préc., pt. 34.

¹⁴⁸⁸ Code de procédure administrative allemand.

¹⁴⁸⁹ Traduction de l'Université de Nancy et de la Sarre : disponible sur www.bijus.org.

¹⁴⁹⁰ Matthias RUFFERT, « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., p. 151.

stade de l'invocabilité en ce que « le juge n'interprète pas la norme pour découvrir si elle s'applique au cas d'espèce, à l'inverse, il prend le cas litigieux comme point de départ et fait subsumer le cas individuel sous la norme de référence »¹⁴⁹¹. Wilhelm Henke précisait cette conception du droit subjectif en ces termes : « quand nous utilisons l'expression droit subjectif, il s'agit du droit individuel atteint réellement par une mesure administrative et non une notion qui dépendrait de la volonté du législateur. Il s'agit en effet de l'interprétation objective du contenu de la loi, celle qui détermine si un cas litigieux est bien l'objet des dispositions normatives ou non »¹⁴⁹².

526. La juridiction de l'Union utilise également la méthode de la subsomption pour établir l'existence d'un droit subjectif lésé au stade de la recevabilité¹⁴⁹³. L'exercice de ce syllogisme concluant est manifeste dans l'affaire *Petrie* à l'occasion de laquelle le Tribunal a estimé qu'il « résulte de l'économie de la décision 94/90¹⁴⁹⁴ qu'elle a vocation à s'appliquer d'une manière générale aux demandes d'accès aux documents et que, en vertu de cette décision, toute personne peut demander à avoir accès à n'importe quel document de la Commission non publié, sans qu'il soit nécessaire de motiver la demande. Par conséquent, une personne qui s'est vu refuser l'accès à un document ou à une partie d'un document a déjà, de ce seul fait, un intérêt à l'annulation de la décision de refus »¹⁴⁹⁵. En l'occurrence, la juridiction de l'Union a d'abord analysé la décision 94/90 pour constater qu'aux demandes de documents s'attachait l'obligation de donner droit à cette demande. Le Tribunal a ensuite vérifié que le requérant a bien formé une telle demande, pour enfin conclure que la conséquence juridique qui en procédait, le droit d'accès au document¹⁴⁹⁶, s'appliquait bien en l'espèce. Pour établir

¹⁴⁹¹ Laure JEANNIN, *Le droit au recours juridictionnel des personnes privées en droit public comparé franco-allemand*, Thèse Universités Panthéon Sorbonne et de Regensburg, 2003, p. 203.

¹⁴⁹² Wilhelm HENKE, « Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen recht », in *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für W. Weber zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 495-514 (510).

¹⁴⁹³ Christian AUTEXIER présente la méthode de la subsomption en ces termes : « La majeure a) soit une norme complète prévoyant qu'à certains faits juridiques prévus par la norme considérée (Tabestand) s'attache une conséquence juridique (Rechtsfolge) prévue par la même norme ; la mineure b) soit les faits de l'espèce (Sachverhalt/ Tatsache), d'où est tirée la conclusion c) si les faits de l'espèce se laissent subsumer dans l'énoncé des faits de la norme, c'est-à-dire s'ils sont rattachables à la condition de faits prévue par la norme - comme un élément d'un ensemble rentre dans un ensemble, alors la conséquence juridique s'impose en conclusion... », (*Introduction au droit public allemand, op. cit.*, pp. 215-216).

¹⁴⁹⁴ Décision de la Commission, du 8 février 1994, relative à l'accès du public aux documents de la Commission, JO L 46, 18 février 1994, pp. 58-61.

¹⁴⁹⁵ TPICE, 11 décembre 2001, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni et autres contre Commission des Communautés européennes*, préc., pt. 26.

¹⁴⁹⁶ Le renvoi à l'arrêt *Interporc* est un rappel de la vocation de la décision 94/90 à créer un droit d'accès aux documents des institutions de l'Union. Il s'agit en effet d'« un acte conférant aux citoyens un droit d'accès aux documents détenus par la Commission » : TPICE, 6 juin 1998, *Interporc Im- und Export GmbH contre*

le droit d'accès aux documents, le Tribunal contrôle donc que les faits d'espèce se laissent subsumer dans la norme de référence.

527. La méthode employée pour apprécier l'existence d'un droit subjectif invocable n'est pas identique, préférant une analyse abstraite de la norme à la technique de la subsumption.

2) L'existence du droit invocable apprécié au prisme de la méthode téléo-systématique

528. La méthode employée par la juridiction de l'Union pour apprécier l'effet direct de la norme invoquée diffère de la technique qu'elle utilise pour dégager l'existence de la norme de protection. Pleinement détachée des faits d'espèce, elle s'appuie autant sur les données rédactionnelles de la norme invoquée que sur la recherche de l'intention de ses auteurs¹⁴⁹⁷. Il s'agit donc d'une méthode abstraite s'appuyant exclusivement sur l'analyse de la norme invoquée.

529. Les interactions entre les examens successifs de l'existence d'un droit protégé au stade de la recevabilité, puis à celui de l'invocabilité n'ont donc pas pour effet de retirer au second toute pertinence. Lorsque la légalité d'un acte juridique est contestée sur le fondement de différentes normes, il suffit, pour que le requérant soit déclaré recevable à agir, que l'une d'entre elles soit porteuse d'un droit affecté. Dans l'hypothèse de l'affaire *Petrie*, la non transmission d'un document par la Commission affectait le droit d'accès aux documents officiels garantis par la décision 94/90. Un tel constat rendait alors superflu l'examen de l'effet direct de cet acte au fond. Cependant, les autres instruments invoqués par le requérant n'ont pas été examinés pour établir le lien direct entre le requérant et l'acte attaqué. Aussi, lorsque le justiciable excipait dans la même affaire l'illégalité de la décision 94/90 en raison de son incompatibilité avec l'article 255 du TCE [actuel 15, paragraphe 3 du TFUE], il était pleinement justifié d'apprécier l'aptitude de ce dernier à générer des droits au stade de l'examen de son invocabilité. Le Tribunal conclut à un défaut d'effet direct, estimant que « *les articles 1^{er}, deuxième alinéa, UE et 255 CE ne sont pas directement applicables. À cet égard, il y a lieu de rappeler que, [...] les critères permettant de décider si une disposition du traité*

Commission des Communautés européennes, T-124/96, *Rec. p. II-231*, pt. 46 ; V. également, TPICE, 5 mars 1997, *WWF UK contre Commission des Communautés européennes*, T-105/95, *Rec. p. II-313*, pt. 55.

¹⁴⁹⁷ Pour une analyse des méthodes retenues par la Cour pour interpréter les critères de l'effet direct des engagements internationaux, V. *supra*, partie 1, Titre 1, chapitre 2, Section 2, § 2.

est directement applicable sont que la règle soit claire, qu'elle soit inconditionnelle, à savoir que son exécution ne doit être subordonnée à aucune condition de fond, et que sa mise en œuvre ne dépende pas de l'intervention de mesures ultérieures que pourraient prendre, avec un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, soit les institutions communautaires, soit les États membres. [...] Il est clair que l'article 255 CE, en raison des paragraphes 2 et 3, n'est pas inconditionnel et que sa mise en œuvre dépend de l'adoption de mesures ultérieures. En effet, la fixation des principes généraux et des limites qui, pour des raisons d'intérêt public ou privé, régissent l'exercice du droit d'accès aux documents est confiée au Conseil dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation en matière législative »¹⁴⁹⁸.

530. L'affaire *Perrier* illustre au contraire le caractère superfétatoire de l'examen de l'effet direct de la norme désignée comme norme de protection au stade de la recevabilité. Le Tribunal de première instance examina alors l'aptitude du règlement 4064/89¹⁴⁹⁹ à produire un droit subjectif au stade de la recevabilité. La requête des représentants des salariés du producteur d'eau minérale, qui contestaient l'autorisation de la concentration des sociétés Perrier et Nestlé, a ainsi été jugée recevable dès lors que « *la consécration expresse, à l'article 18, paragraphe 4, du règlement, [...] du droit des représentants des travailleurs des entreprises concernées d'être entendus, à leur demande, manifeste la volonté d'assurer la prise en considération des intérêts collectifs desdits travailleurs au cours de la procédure administrative. Dans ces conditions, le Tribunal estime que [...] la situation des salariés des entreprises faisant l'objet de l'opération de concentration en cause peut, dans certains cas, être prise en considération par la Commission lorsqu'elle adopte sa décision. C'est pour cette raison que le règlement individualise les représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises, lesquels constituent une catégorie fermée et clairement délimitée au moment de l'adoption de la décision...* »¹⁵⁰⁰.

531. L'existence d'un droit subjectif procédant de l'article 18, paragraphe 4 du règlement 4064/89 était donc vérifiée dès le stade de l'examen de la recevabilité, ce qui rendait superflu l'examen de son invocabilité au fond. Les requérants n'ont toutefois pas satisfait les

¹⁴⁹⁸ TPICE, 11 décembre 2001, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni et autres contre Commission des Communautés européennes*, préc., pt. 34.

¹⁴⁹⁹ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO n° L 257 du 21 septembre 1990, p. 13.

¹⁵⁰⁰ TPICE, 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources, Comité d'établissement de la Source Perrier, Syndicat CGT, Comité de groupe Perrier contre Commission des Communautés européennes*, T-96/92, Rec. p. II-1216, pts. 29-30.

conditions de forme nécessaires pour tirer bénéfice dudit droit en n'adressant pas de demande d'audition à la Commission¹⁵⁰¹. De sorte qu'après avoir estimé que l'article 18, paragraphe 4 du règlement 4064/89, créait un droit susceptible d'être froissé par la décision attaquée, le Tribunal de première instance a jugé au fond que ladite stipulation n'était pas méconnue en l'espèce.

532. L'opposition des fonctions respectives du recours pour excès de pouvoir et du recours en annulation justifie donc une appréciation différenciée du bien-fondé de l'examen de l'effet direct des accords internationaux dans ces deux voies de droit. La préservation de la légalité, fonction première de l'office du juge de l'excès de pouvoir, implique en toute logique l'indifférence de l'invocabilité de la règle invoquée à son aptitude à porter un droit subjectif. La garantie des droits subjectifs tirés des droits de l'Union, objet de l'office du juge de l'annulation, implique au contraire l'aptitude de la norme de référence à produire de tels droits. La dimension objective ou subjective revêt ainsi une importance décisive dans l'appréciation de la pertinence de la soumission de l'invocabilité à l'effet direct. À ce titre, force est d'admettre que la nature objective du recours en appréciation de validité est difficilement conciliable avec la subordination de l'invocabilité du droit conventionnel à l'effet direct.

¹⁵⁰¹ TPICE, 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources, Comité d'établissement de la Source Perrier, Syndicat CGT, Comité de groupe Perrier contre Commission des Communautés européennes*, préc., pts. 55-58.

Section 2 : L'affectation du droit à la légalité préjudicielle par l'effet direct

533. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité est une procédure objective tendant à l'examen de la légalité des actes émis par les institutions de l'Union. Dans ces conditions, l'examen d'office par le juge *ad quem* de l'effet direct, et donc du droit subjectif porté par les stipulations conventionnelles dont il est allégué la violation, peine à se justifier (§ 1). La responsabilité de cette subjectivisation du renvoi préjudiciel en appréciation de validité incombe également aux juridictions nationales. Celles-ci soutiennent tacitement la subordination de l'invocabilité préjudicielle du droit conventionnel l'effet direct lorsqu'elles invitent la Cour à apprécier cette propriété de stipulations conventionnelles, avant d'apprécier la validité de l'acte contesté (§ 2).

§ 1. La mise en cause de l'objectivité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité

534. Le contrôle objectif de la légalité exercé par la Cour de justice à l'occasion du renvoi préjudiciel en appréciation de validité devrait en toute logique exclure la subordination de l'invocabilité des accords internationaux à l'effet direct. Cette réflexion a vocation à s'appliquer également aux questions préjudicielles en appréciation de légalité formées par les juridictions judiciaires françaises devant le Conseil d'État. Mais la haute juridiction administrative n'a jamais eu à statuer sur l'invocabilité du droit conventionnel en qualité de juge *ad quem*¹⁵⁰². Aussi la position des juges du Palais Royal reste indéfinie sur cette

¹⁵⁰² La méconnaissance de l'article 6 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels fut alléguée dans une affaire *Société de manutention du bassin minéralier de Dunkerque*. Mais le Conseil d'État y juge « que l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, publié par décret du 19 janvier 1981, n'a, en tout état de cause, pas été méconnu par l'arrêté attaqué, qui n'a eu pour objet que d'assurer une solidarité au sein d'un système de prévoyance ». Ici l'emploi de la formule « en tout état de cause » exclut de se positionner sur le rôle joué par l'effet direct dans l'appréciation de l'invocabilité du droit conventionnel lorsque le Conseil d'État est saisi d'un renvoi préjudiciel, dès lors qu'il sert souvent d'excipient à l'introduction d'une déclaration de compatibilité à une norme inapplicable : CE, 15 mai 1996, *Société de manutention du bassin minéralier de Dunkerque (SOMABAMI)*, n° 168506, inédit. La formule fut également employée pour déclarer l'inexistence d'incompatibilité normative en dépit du défaut d'effet direct l'article 24 de la Charte sociale européenne : CE, 26 février 2007, *Réunion des organismes Conventionnés assureurs*, préc. ;

question. Si d'aventure le Conseil d'État jugeait toutefois bon de subordonner l'invocabilité du droit conventionnel à son effet direct dans cette voie de droit, les réserves ici développées à l'endroit de la jurisprudence des juges de Kirchberg pourraient également lui être adressées.

535. La fonction du renvoi préjudiciel en appréciation de validité réside dans la garantie de la légalité des actes de l'Union européenne (A). De sorte que c'est à mauvais escient que la qualité de norme de référence est réservée aux règles conventionnelles porteuses de droits subjectifs (B).

A. Identification du caractère objectif de la procédure préjudicielle

536. La *ratio legis* du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, initialement cantonnée à la seule préservation de la légalité communautaire, s'est étendue à la garantie des droits que les individus tirent du droit de l'Union¹⁵⁰³. Les particuliers ne trouvaient initialement pas leur place dans la procédure de l'article 267, b) du TFUE, en sa qualité de mécanisme de coopération juridictionnelle. La Cour de justice estimait en ce sens dans un arrêt *Hessi Knappschaft* que « les auteurs de l'article 177 [actuel article 267 du TFUE] ont entendu instituer une coopération directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales aux termes d'une procédure non contentieuse étrangère à toute initiative des parties et au cours de laquelle celles-ci sont seulement invitées à se faire entendre »¹⁵⁰⁴. Les classifications proposées par la doctrine administrativiste française confirment cette analyse objective du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Tenant de la classification matérielle des voies de droit, attaché à la nature de la demande du réclamant, René Chapus a ainsi affirmé que les deux catégories de renvoi préjudiciel se différencient par nature, « le recours en interprétation relevant, contrairement au recours en appréciation de légalité » du contentieux subjectif¹⁵⁰⁵.

537. Alléguer la dénaturation du renvoi préjudiciel en appréciation de validité par la conditionnalité d'effet direct suppose un travail préalable des évolutions contemporaines de sa fonction. Il convient notamment de bien circonscrire la portée de la subjectivisation de cette

ainsi que de ses articles 15 et 17 de la même charte sociale européenne : CE, 24 août 2011, *Association Vaincre l'autisme*, préc.

¹⁵⁰³ Denys SIMON, « Commentaire sous CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilxerke Deggendorf GmbH contre Bundesrepublik Deutschland* », *J.D.I.*, 1995, pp. 438-440 (439).

¹⁵⁰⁴ CJCE, 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft contre Maison Singer et fils*, 44/65, *Rec.* p. 1191.

¹⁵⁰⁵ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 733.

voie de droit constatée par la doctrine. Bien que le juge *a quo* ne puisse plus être considéré comme le seul initiateur de la procédure préjudicielle (1), la prise en considération du comportement des parties en litige ne remet pas en cause sa fonction première qui demeure la garantie de la légalité des actes émis par les institutions de l'Union (2).

1) Une procédure subjectivée par la prise en compte du comportement des parties au litige

538. La pratique des juridictions nationales ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice tendent à accorder un rôle aux parties dans l'activation de la procédure préjudicielle. Les juges nationaux se laissent ainsi souvent aller à « *renvoyer purement et simplement les griefs avancés par les justiciables* »¹⁵⁰⁶. Comme la pratique du relevé d'office par le juge *a quo* reste très ponctuelle¹⁵⁰⁷, le rôle des conseils et des avocats est actuellement central dans l'éveil des doutes pouvant conduire la juridiction du fond à opérer un renvoi préjudiciel¹⁵⁰⁸. La dimension coopérative de la procédure préjudicielle se trouve aussi mise à mal par certains dispositifs procéduraux nationaux qui, comme c'est le cas en Angleterre, conditionnent les renvois préjudiciels des juges nationaux au consentement des parties à l'instance. Le juge Konrad Schiemann observe ainsi que « [a]lthough in theory it was for the national judge to

¹⁵⁰⁶ Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 379 et la jurisprudence citée ; V. à titre d'illustration, CJCE, 22 octobre 1991, *Nölle contre Hauptzollamt Brernen-Freihafen*, C-16/90, *Rec.* p. I-5163, pts. 14-16 ; L'avocat général faisait état de cette pratique dans ses conclusions sur l'affaire *Roquette Frères* : « *La société Roquette Frères, non contente de demander le dépôt d'une question préjudicielle au titre de l'article 177 du traité, en a directement proposé le texte. Le tribunal de grande instance de Béthune a repris mot pour mot la suggestion de la partie demanderesse* », Ruiz-Jarabo COLOMER, 11 mai 2000, conclusions sur CJCE, *Roquette Frères SA*, C-88/99, *Rec.* p. I-10465, pts. 8-9.

¹⁵⁰⁷ Marie-Dominique HAGELSTEEN, « Le juge doit-il soulever d'office l'incompatibilité d'un texte avec une directive communautaire ? », conclusions sur CE section, 11 janvier 1991, *SA Morgane, R.F.D.A.*, 1991, pp. 652-663 (654) ; CE, ass., 6 décembre 2002, *Maciolak contre Département de l'Allier, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, n°239540, *Leb.* p. 426 ; CE 13 juillet 2007, *Sociétés Pacific espace*, n°290266, *Tables Leb.*, p. 776, 791 ; La Cour administrative d'appel de Paris a toutefois dégagé récemment l'obligation pour le juge national de soulever d'office le moyen tiré de la non-conformité du droit interne à une directive communautaire exhaustive et précise : CAA Paris, 2^e ch. A, 1^{er} juin 2005, req. n°PA03825.

¹⁵⁰⁸ Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 380 ; V. également, Athanase POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du Traité Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne. Est-il (encore) légitime d'évoquer l'existence d'une "tache dans le paysage du droit communautaire que constitue la jurisprudence sur la recevabilité" ? », *préc.*, p. 184.

decide whether or not to make a reference, in practice in England a judge would be inclined to make a reference if both parties accepted that the case needed to be referred »¹⁵⁰⁹.

539. En outre, consciente de l'atteinte au principe de la protection juridictionnelle effective induite par les rigueurs des conditions de recevabilité du recours en annulation formés par les requérants ordinaires, la Cour de justice a présenté le renvoi préjudiciel comme une voie complémentaire permettant aux justiciables de faire valoir leur droit à la légalité. Dans une ordonnance d'irrecevabilité *Buralux*, la juridiction de l'Union a invité un justiciable à contester par voie préjudicielle la régularité de l'acte de portée générale que la norme attaquée concrétise : « *il n'est pas exclu que, à l'appui d'un recours contre une décision de refus qui s'inscrit dans le cadre de la disposition litigieuse du règlement n°259/93*¹⁵¹⁰, *les requérantes puissent faire valoir l'illégalité de cette disposition et obliger ainsi la juridiction nationale à se prononcer sur l'ensemble des griefs formulés à ce titre, après un renvoi préjudiciel en appréciation de validité à la Cour* »¹⁵¹¹. La Cour se détache alors de l'analyse purement coopérative du renvoi préjudiciel en reconnaissant un rôle déterminant aux individus dans son activation.

540. La jurisprudence *TWD* a confirmé cette dynamique qui menait à une assimilation des *ratio legis* du recours en annulation et du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. La juridiction de l'Union a ainsi estimé que « *la juridiction nationale est liée par une décision de la Commission [...] lorsque, eu égard à l'exécution de cette décision par les autorités nationales, cette juridiction est saisie par [le] destinataire des mesures d'exécution, d'un recours à l'appui duquel ce dernier invoque l'illégalité de la décision de la Commission et lorsque le dit destinataire [...] n'a pas formé de recours contre cette décision sur le fondement de l'article 173 [actuel article 263 du TFUE], deuxième alinéa, du Traité ou ne l'a pas formé dans les délais impartis* »¹⁵¹². Ce motif de forclusion du renvoi préjudiciel en

¹⁵⁰⁹ Sir Konrad SCHIEMANN, « Appendix 4: visit to the Court of Justice of the European Union, Luxembourg: 8-9 November 2010 – Note by the clerk », in *The Workload of the Court of Justice of the European Union - European Union Committee Contents*. Traduction: « Bien qu'en théorie, il revient au juge de décider s'il convient ou non de former un renvoi préjudiciel, en pratique un juge anglais sera enclin à opérer un renvoi si les parties acceptent l'engagement d'une telle procédure ».

¹⁵¹⁰ Règlement (CEE) n° 259/93 du Conseil, du 1^{er} février 1993, concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne, JO L 30 du 6 février 1993, pp. 1–28.

¹⁵¹¹ CJCE, 15 février 1996, *Buralux SA, Satrod SA et Ourry SA contre Conseil*, C-209/94 P, Rec. p. I-615, pt.36 ; la solution a été confirmée en grande chambre : CJCE, 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace council (Greenpeace international) e.a. contre*, C-321/95, Rec. p. I-1651, pt.33.

¹⁵¹² CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH contre Bundesrepublik Deutschland*, C-188/92, Rec. p. I-833, pt. 26.

appréciation de validité, sans équivalent en droit administratif français¹⁵¹³, a par la suite été étendu aux actes réglementaires de l'Union¹⁵¹⁴. Selon Laurent Coutron, cette jurisprudence constituait un indicateur de l'élan de subjectivisation de la procédure préjudicielle. Il a ainsi observé que « *la prise en compte du comportement des parties était traditionnellement palliative, en ce sens qu'elle permettait d'éclairer un jugement de renvoi trop elliptique. Or, désormais, la jurisprudence confère une place centrale et déterminante aux parties au principal dont le comportement est susceptible de barrer au juge national l'accès à la procédure préjudicielle* »¹⁵¹⁵. L'approche coopérative du renvoi préjudiciel se trouve conséquemment affaiblie.

541. Le président du Tribunal de l'Union européenne Marc Jaeger a également relevé la mise en cause de l'objectivité du renvoi préjudiciel par la jurisprudence *TWD* : « *la logique objective du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, instrument à la disposition du juge national pour faire contrôler la légalité des actes communautaires, est affectée par la nécessaire prise en considération, par le juge national, des droits subjectifs du requérant qu'il aurait pu et dû faire valoir par la voie du recours en annulation* »¹⁵¹⁶. Cette complémentarité tend à rapprocher la fonction de ces deux voies de droit, pour la fondre en la protection juridique des droits personnes physiques et morales. Cependant, cette mutation de l'esprit du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, plaçant le particulier en son épice, joue au détriment de son droit à la légalité¹⁵¹⁷. Le juge Jaeger regrettait à ce titre le sacrifice de l'autonomie des voies de droits qui était favorable au contrôle de la légalité des actes de l'Union. Les procédures par voie d'action et par voie préjudicielle étant rendues interdépendantes lorsque « *l'irrecevabilité d'un recours virtuel en annulation [est érigée en]*

¹⁵¹³ Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, p. 61.

¹⁵¹⁴ La Cour juge ainsi dans un arrêt *Nachi Europe* qu'« [u]n importateur de ces produits, tel *Nachi Europe*, qui disposait sans aucun doute d'un droit de recours devant le Tribunal en vue d'obtenir l'annulation du droit antidumping frappant ces produits, mais n'a pas exercé un tel recours, ne peut par la suite invoquer l'invalidité de ce droit antidumping devant une juridiction nationale. Dans un tel cas, la juridiction nationale est liée par le caractère définitif du droit antidumping applicable en vertu de l'article 1er, point 2, du règlement n°2849/92 aux roulements à billes fabriqués par *Nachi Fujikoshi* et importés par *Nachi Europe* » : CJCE, 15 février 2001, *Nachi Europe contre Hauptzollamt Krefeld*, C-239/99, Rec. p. I-1220, pt. 40.

¹⁵¹⁵ Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, op. cit., p. 341.

¹⁵¹⁶ Marc JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in, *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 233-253 (239).

¹⁵¹⁷ Voie en ce sens, Ami BARAV, « Déviations préjudicielles », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 227-247 (229) ; Dominique RITLÉNG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, T. 2, Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 735-772 (749).

une condition de recevabilité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité »¹⁵¹⁸, l'accès au juge *ad quem* devenait plus restreint. Ainsi se trouvait consacrée dans la systématique des voies de droit de l'Union la maxime latine *vigilantibus non dormientibus subveniunt jura*¹⁵¹⁹. Sévèrement critiquée en doctrine comme un élément limitatif du droit des individus à la légalité des actes de l'Union¹⁵²⁰, cette condition de recevabilité présente en définitive pour principale et unique vertu la préservation de la stabilité des situations juridiques des personnes physiques et morales¹⁵²¹.

542. Un effet collatéral de ce jeu de vases communicants est que tout élargissement de la recevabilité du recours en annulation, tel que celui introduit par l'article 263, alinéa 4 du TFUE, « *se retourne contre ses bénéficiaires pour limiter leur protection juridictionnelle* »¹⁵²² dans le cadre du mécanisme préjudiciel. Cela invite à porter un regard bienveillant sur l'interprétation restrictive adoptée par la Cour de justice du champ des actes de l'Union ne nécessitant pas de mesures nationales d'exécution dont l'attaquabilité n'est pas subordonnée à l'établissement d'une affectation individuelle¹⁵²³.

543. Deux fonctions étaient reconnues par Gerhard Bebr au renvoi préjudiciel en appréciation de validité : le contrôle objectif de la légalité des règles de droit de l'Union et la palliation du droit limité des parties de contester par voie d'action la légalité des actes communautaires lésant leurs droits¹⁵²⁴. Par l'arrêt *TWD*, le juge préjudiciel a semblé initier un mouvement de subjectivisation de la relation préjudicielle en se concentrant sur la seconde fonction. La jurisprudence récente de la Cour a cependant témoigné de l'importance prégnante de la fonction de préservation de la légalité des règles de droit de l'Union qu'elle

¹⁵¹⁸ Marc JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in *Mélanges en l'Honneur de F. Schockweiler*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁵¹⁹ Les droits profitent aux éveillés non aux endormis. C'est ce que traduit les conclusions de l'avocat général Jacobs à l'occasion de l'arrêt *Nachi Europe* aux termes desquelles « *si une partie dispose manifestement d'une recours direct en annulation contre un acte devant les juridictions communautaires, elle doit l'exercer, ou renoncer définitivement à toute critique* », (Francis Geoffrey JACOBS, 16 novembre 2000, conclusions CJCE, *Nachi Europe*, C-239/99, *Rec.* p. I-1200, pt. 58).

¹⁵²⁰ Dominique RITLÉNG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, T. 2, *op. cit.*, p. 751.

¹⁵²¹ Olivier DUBOS regrette ainsi que la juridiction de l'Union n'ait pas davantage mise en exergue cette qualité de la jurisprudence *TWD*, (*Les juridictions nationales, juge communautaire: contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 112).

¹⁵²² Vassilis HATZOPOULOS, « De l'arrêt Foglia à l'arrêt *TWD Textilwerke* », *R.M.U.E.*, 1994, pp.195-219 (209).

¹⁵²³ La Cour de justice de l'Union a récemment jugé dans l'arrêt *Inuit* que « *« la notion d' "acte réglementaire" au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doit être comprise comme visant tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs »* : CJUE, Gde chbre, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, pts. 60-61.

¹⁵²⁴ Gerhard BEBR, « Examen en validité au titre de l'article 267 du Traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », *Cah. dr. eur.*, 1975, pp. 380-424.

continue d'attribuer à la procédure préjudicielle. La juridiction de l'Union a en effet pris soin de réhabiliter la dimension objective de la procédure préjudicielle.

2) La réhabilitation de l'objectivité de la procédure préjudicielle

544. La jurisprudence récente invite à une relecture de la jurisprudence *TWD*. La Cour de justice travaille ainsi à limiter les conséquences de la recevabilité virtuelle du recours en annulation des parties au litige. La Cour réserve désormais un accueil favorable aux questions préjudicielles renvoyées d'office par les juges *a quo*. Leurs questions sont ainsi recevables alors même qu'elles n'ont pas été soulevées par les parties au litige¹⁵²⁵, ou qu'elles n'auraient pas été recevables si elles avaient été soulevées par les parties au litige¹⁵²⁶.

545. À l'occasion de l'arrêt *Cassa di Risparmio*¹⁵²⁷, la juridiction de l'Union a admis la recevabilité d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité formé d'office par une juridiction nationale alors même que l'une des parties au litige était recevable à agir en annulation contre l'acte dont l'illégalité était alléguée. Bien que cette solution présente l'inconvénient de remettre en cause le principe de stabilité des situations juridiques¹⁵²⁸, elle répond aux inquiétudes de la doctrine en effaçant un indice de dilution de la dimension coopérative de la procédure préjudicielle¹⁵²⁹.

546. La Cour de justice a par ailleurs indiqué dans la jurisprudence *Kempter* que « *le requérant [n'est pas] tenu de soulever, dans le cadre de son recours juridictionnel de droit interne, le point de droit communautaire ayant fait ultérieurement l'objet de l'arrêt préjudiciel de la Cour* »¹⁵³⁰. Ce faisant, elle donne suite aux observations de l'avocat général

¹⁵²⁵ CJCE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'Economica e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*, C-222/04, *Rec.* p. I-289.

¹⁵²⁶ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV contre Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/00, *Rec.* p. 1 ; CJCE, Gde chbre, 12 février 2008, *Willy Kempter KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-2/06, *Rec.* p. I-411.

¹⁵²⁷ CJCE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'Economica e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*, préc., pts.72-74.

¹⁵²⁸ La Tribunal de première instance affirmait, lors de l'affaire *BASF*, que « *le principe de l'intangibilité de l'acte, une fois adopté par l'autorité compétente, constitue un facteur essentiel de sécurité juridique et de stabilité des situations juridiques dans l'ordre communautaire* » : TPICE, 6 avril 1995, *BASF AG et autres contre Commission des Communautés européennes*, T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, *Rec.* p. II-729.

¹⁵²⁹ Vassilis HATZOPOULOS, « De l'arrêt Foglia à l'arrêt *TWD* Textilwerke », préc., p. 209.

¹⁵³⁰ CJCE, Gde chbre, 12 février 2008, *Willy Kempter KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, préc., pt. 43.

Yves Bot qui observait au préalable qu'interpréter la jurisprudence de la Cour comme signifiant que « *le requérant au principal doit avoir invoqué le droit communautaire devant la juridiction nationale ayant statué en dernier ressort présenterait [...] l'inconvénient majeur de créer indirectement un nouveau cas de dispense à l'obligation de renvoi préjudiciel qui s'impose à ce type de juridiction, en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE [actuel article 267, troisième alinéa du TFUE]* »¹⁵³¹. Cette indifférence au comportement des parties au litige pendant devant le juge *a quo* est une manifestation de ce que Laurent Coutron qualifie de « *réobjectivisation de la relation préjudicielle* »¹⁵³². La grande chambre a récemment confirmé cette dynamique dans un arrêt *Križan*, à l'occasion duquel elle délivre une lecture orthodoxe du renvoi préjudiciel, en rappelant que « *le renvoi préjudiciel repose sur un dialogue de juge à juge, dont le déclenchement dépend entièrement de l'appréciation que fait la juridiction nationale de la pertinence et de la nécessité dudit renvoi* »¹⁵³³.

B. La subjectivisation du renvoi préjudiciel par la conditionnalité d'effet direct

547. En 1977, Ami Barav et Georges Vandersanden soulignaient le caractère objectif de la procédure préjudicielle en affirmant qu'elle « *est une procédure non contentieuse revêtant un caractère marqué d'ordre public* »¹⁵³⁴. C'était donc fort logiquement qu'ils affirmaient que « *l'exigence de l'applicabilité directe de la norme de référence est inutile. En effet, la validité des actes des institutions communautaires devrait s'apprécier par rapport à toutes normes faisant partie de l'ordre juridique communautaire. L'effet obligatoire de la norme de référence devrait suffire* »¹⁵³⁵. Cet argument, déjà évoqué à propos du recours pour excès de pouvoir, paraît pouvoir être reconduit à l'endroit du renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

¹⁵³¹ Yves BOT, 24 avril 2007, conclusions sur CJCE, *Willy Kempter KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-2/06, *Rec.* p. I-411, pt. 97.

¹⁵³² Laurent COUTRON, « La revanche de Khune ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06) », *R.T.D. eur.*, 2009, pp. 69-90 (77).

¹⁵³³ CJUE, Gde chbre, 15 janvier 2013, *Jozef Križan e.a. contre Slovenská inšpekcia životného prostredia*, préc., pt. 66.

¹⁵³⁴ Georges VANDERSANDEN, Ami BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, p. 271.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, p. 311.

548. Dans ses conclusions sur l'affaire *intertanko*¹⁵³⁶, l'avocat général Kokott observait en ce sens que « [l]e point de savoir si les dispositions en question sont directement applicables et si, partant, elles créent des droits dans le chef des particuliers n'est pas déterminant pour la réponse à la demande de décision préjudicielle. Les bases juridiques du traité ne sont en principe pas non plus directement applicables, en ce sens que les particuliers pourraient en tirer des droits ou des conséquences juridiques qui leur seraient favorables. Or, les particuliers peuvent néanmoins mettre en cause la légalité des dispositions du droit dérivé en contestant leur base juridique. Il en va de même en l'espèce. Il faut vérifier si la Communauté est habilitée, en vertu de la convention sur le droit de la mer, à adopter les dispositions contestées de la directive 2005/35¹⁵³⁷ »¹⁵³⁸. Julianne Kokott plaidait de la sorte en faveur de la dissociation du couple liant l'invocabilité du droit conventionnel à son effet direct dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, au moins pour ce qui concerne les moyens d'illégalité externe¹⁵³⁹.

549. La Cour de justice ne donna pas droit à cet argumentaire. Constatant que « la Convention de Montego Bay ne met pas en place des règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux particuliers et à conférer à ces derniers des droits ou des libertés susceptibles d'être invoqués à l'encontre des États »¹⁵⁴⁰, la juridiction de l'Union refusa de lui reconnaître un effet direct et, par voie de conséquence, une aptitude à s'ériger en référentiel du contrôle de la validité de la directive 2005/35¹⁵⁴¹. Donnant écho aux conclusions développées par l'avocat général Kokott, Frédéric Dopagne s'interrogeait alors « sur la pertinence de l'exigence d'un effet direct dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Pas plus que dans le cadre du recours en annulation, il ne semble en effet,

¹⁵³⁶ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc.

¹⁵³⁷ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, *JOCE*, L 255, 30 septembre 2005, pp. 11-21.

¹⁵³⁸ Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 66.

¹⁵³⁹ Cette dissociation avait auparavant été opérée pour le droit primaire de l'Union. CJCE, Gde chbre, 6 décembre 2005, *ABNA Ltd, Denis Brincombe, BOCM Pauls Ltd, Devenish Nutrition Ltd, Nutrition Services (International) Ltd, Primary Diets Ltd contre Secretary of State for Health, Food Standards Agency*, préc., pts. 52-54. Pour une présentation de la scission du couple invocabilité-sanction/ effet direct lorsqu'un requérant conteste la légalité externe d'un acte unionnaire sur le fondement du droit primaire, V. *supra*, partie 1, Titre 2, chapitre 1, Section 1, § 1, B, 2), b).

¹⁵⁴⁰ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 64.

¹⁵⁴¹ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, préc.

techniquement y avoir de sens à requérir que l'accord liant la communauté confère directement des droits aux particuliers. Ici et là, le juge communautaire est appelé à exercer un contrôle objectif de la légalité aux fins duquel la question de l'effet direct ne se pose pas »¹⁵⁴². Bien qu'il nous apparaisse contestable d'étendre au recours en annulation la critique de la conditionnalité d'effet direct¹⁵⁴³, son exigence était effectivement illogique dans l'affaire *Intertanko*. Les questions posées à titre préjudiciel par la High Court of Justice britannique ne concernait aucunement les droits subjectifs des parties au litige, leurs termes se cantonnaient à la demande d'un examen de rapport de compatibilité normative¹⁵⁴⁴. En l'occurrence, il s'agissait d'une question de légalité externe puisque la Cour était appelée à vérifier si la Convention de Montego Bay ne s'opposait pas à la compétence de l'Union européenne pour édicter une directive sanctionnant les navires ne battant pas pavillon européen dans les eaux territoriales et en haute mer¹⁵⁴⁵. En liant l'invocabilité des règles conventionnelles de compétence à leur aptitude à conférer des droits aux individus, la Cour leur a mécaniquement

¹⁵⁴² Frédéric DOPAGNE, « Arrêt "Intertanko": l'appréciation de la validité d'actes communautaires au regard de conventions internationales (Marpol 73/78, Montego Bay) », *J.T.D.E.*, 2008, pp. 241-244 (242) ; dans le même sens, V. Frédérique BERROD, « La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation », préc., pp. 420-421 ; Enzo CANNIZZARO, « Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko* », *Il diritto dell'Unione europea*, n°4, 2008, pp. 645-654 (651) ; Edouard DUBOUT, « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, op. cit., p. 44 ; Loïc GRARD, « L'invocabilité communautaire du droit international », in *L'Union européenne : union du droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., p. 664.

¹⁵⁴³ La préservation des droits des justiciables demeure la fonction principale de cette voie de droit, V. *supra*, cette partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A.

¹⁵⁴⁴ Comme le relevaient déjà Vlad CONSTANTINESCO et Denys SIMON en 1975, la procédure préjudicielle n'exige pas que le contrôle ne puisse être effectué qu'au regard des règles dotées de l'effet direct, (« quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes », *R.T.D. eur.*, 1975, pp. 432-469 (458-459)).

¹⁵⁴⁵ Selon l'*Intertanko*, « la convention de Montego Bay définirait et régirait l'étendue de la compétence des parties contractantes dans le cadre de leur action en haute mer, dans la zone économique exclusive et dans les détroits internationaux. Ainsi, la Communauté ne serait pas compétente pour adopter une législation s'appliquant aux rejets provenant de navires ne battant pas pavillon de l'un des États membres, si ce n'est dans la mesure où la convention de Montego Bay reconnaît à la Communauté le droit d'adopter une telle législation. Or, en vertu de celle-ci, les parties contractantes ne seraient compétentes que pour adopter une législation mettant en œuvre les règles et normes internationales dans de telles zones, c'est-à-dire, en l'occurrence, les dispositions de la convention Marpol 73/78. Cette compétence en haute mer serait précisée à l'article 211, paragraphes 1 et 2, de la convention de Montego Bay, dans les détroits internationaux aux articles 42, paragraphe 1, sous b), et 45, de cette convention et dans la zone économique exclusive à l'article 211, paragraphe 5, de celle-ci. Il en irait de même s'agissant des eaux territoriales en vertu de l'article 2, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay ». La Queen's bench division relaie ce doute en interrogeant la Cour de la manière qui suit : « l'article 4 de la directive [2005/35], qui exige des États membres qu'ils adoptent des mesures nationales incluant la négligence grave comme critère de responsabilité et sanctionnant les rejets dans les eaux territoriales, méconnaît-il le droit de passage inoffensif consacré par la convention [de Montego Bay] et le cas échéant, l'article 4 est-il nul à cet égard ? », CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pts. 29 et 39.

soustrait toute perspective d'invocabilité, dès lors qu'une règle habilitant une institution à édicter des normes n'a pas vocation à produire des droits au bénéfice des destinataires desdites normes.

550. L'arrêt *Intertanko* fournit donc une nouvelle illustration de la constance avec laquelle la Cour subordonne, de manière contestable, l'invocabilité du droit conventionnel à son effet direct¹⁵⁴⁶. Son applicabilité, engendrant sa force obligatoire, devrait en effet constituer une condition suffisante de son aptitude à s'ériger en norme de référence¹⁵⁴⁷. En l'état, on assiste bel et bien à une déviation fonctionnelle du renvoi préjudiciel en appréciation de validité lorsqu'est sollicitée l'application du droit conventionnel : à la sauvegarde du droit se substitue la sauvegarde des droits. La responsabilité de cette déviation ne peut cependant pas être imputée à la seule Cour de justice, les juges *a quo* incitant le plus souvent celle-ci à maintenir le filtre de l'effet direct.

§ 2. La coopération juridictionnelle nécessaire à l'abandon de l'effet direct dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité

551. La majorité des arrêts à l'occasion desquels la Cour de justice applique des normes conventionnelles est rendue dans le cadre de la procédure préjudicielle. Si bien que la coupure du lien unissant l'invocabilité à l'effet direct suppose préalablement que les juges *a quo* ne demandent pas à la Cour d'examiner l'effet direct de la norme conventionnelle qu'ils sont appelés à appliquer par les parties au litige. Or, la plupart des juridictions des États membres manifestent les mêmes réticences que la Cour de justice à opérer une telle déconnexion. L'attachement des juridictions des États membres à la conditionnalité d'effet direct constitue à ce titre le premier frein à l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel (A). Par un phénomène de rétroaction, les initiatives étatiques de promotion de son invocabilité en

¹⁵⁴⁶ CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport*, préc.

¹⁵⁴⁷ À l'exception notable des accords conclus sous l'égide de l'organisation mondiale du commerce. Leur inaptitude à s'ériger en norme de référence, hors l'hypothèse *Nakajima*, n'est en effet pas neutralisée par leur défaut d'effet direct mais bien plutôt en raison de leur défaut d'application réciproque. V. *supra*, cette partie, Titre 1, chapitre 2, section 1, § 3.

deviennent plus délicates. Il apparaît en effet difficile que seuls ceux des traités en vigueur dans un État membre qui ne relèvent pas de la compétence interprétative de la Cour de justice ne voient pas leur invocabilité soumise à la conditionnalité d'effet direct. La fragmentation des conditions d'invocabilité du droit conventionnel n'est en effet pas souhaitable au sein d'un ordre juridique étatique (B).

A. L'influence du juge *a quo* sur la consécration de l'invocabilité d'éviction par le juge *ad quem*

552. Pour que la Cour de justice détache l'invocabilité du droit conventionnel de son effet direct, il est nécessaire que les juridictions des États membres qui l'interrogent sur la conventionnalité d'un acte de l'Union ou étatique ne l'appellent pas préalablement à se prononcer sur cette propriété de la norme conventionnelle de référence¹⁵⁴⁸. Cependant, qu'il soit constitutionnalisé¹⁵⁴⁹ ou fruit d'une création prétorienne¹⁵⁵⁰, l'effet direct filtre l'invocabilité des accords internationaux devant les juridictions des États membres de l'Union. Il apparaît donc logique que ce type de questions parvienne au prétoire de Luxembourg.

553. En Allemagne, la loi d'adoption d'un traité peut décider de son effet direct¹⁵⁵¹. Si tel n'est pas le cas, les juridictions internes appelées à l'appliquer sont libres de se prononcer sur

¹⁵⁴⁸ V. CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, *Rec.* p. 7723 ; CJCE, 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc. ; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc.

¹⁵⁴⁹ Par exemple, l'article 93 de la Constitution des Pays-Bas : « *Provisions of treaties and of resolutions by international institutions that are binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published* ». Traduction : « Les stipulations des traités et des résolutions des institutions internationales qui sont obligatoires pour toute personne en raison de leur contenu ne deviennent obligatoires qu'après leur publication ».

¹⁵⁵⁰ La France, le Luxembourg, l'Allemagne et l'Espagne appliquent le filtre de l'effet direct. Finalement seuls les systèmes juridiques dualistes, à l'image de l'Angleterre, n'ont pas recours à ce critère dès lors que c'est aux lois de transformation de Traités que les juridictions britanniques donnent effet, in Jochen A. FROWEIN, Karin OELLERS-FRAHM, « Rapport de synthèse », in Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, op. cit, pp. 11-25 (23).

¹⁵⁵¹ L'article 59 alinéa 2 de la loi fondamentale allemande a longtemps soulevé des difficultés d'interprétation quant au rôle qu'il réservait aux juridictions internes dans la détermination de l'effet direct des Traités. Celui-ci dispose que « [l]es traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement

son caractère *self-executing*. Concernant la coutume et les principes généraux du droit international public, l'article 102, alinéa 2 de la Loi Fondamentale allemande dispose que « [s]i, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus, le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale ». La compétence exclusive de la Cour constitutionnelle pour examiner l'effet direct du droit international coutumier ne s'étend cependant pas au droit conventionnel. L'appréciation de l'effet direct du droit conventionnel relève ainsi de la compétence des juridictions ordinaires¹⁵⁵². Celles-ci emploient alors le filtre de l'effet direct pour moduler l'effectivité des prescriptions conventionnelles dans l'ordre juridique allemand¹⁵⁵³.

554. Les juridictions des Pays-Bas exigent également l'effet direct des traités qu'elles sont appelées à appliquer. La souplesse avec laquelle elles l'admettent s'avère toutefois remarquable dès lors que le critère du destinataire est présumé satisfait en vertu de l'article 93 de la Constitution hollandaise, qui dispose que seule l'incomplétude peut remettre en cause l'aptitude du droit conventionnel à « engager chacun »¹⁵⁵⁴. L'accueil privilégié réservé par le Hoge Raad, cour suprême des Pays-Bas, à la Charte sociale européenne est à cet égard révélateur de la perméabilité de l'ordre juridique hollandais à la source conventionnelle¹⁵⁵⁵. Lorsque le gouvernement avait soumis la Charte sociale européenne au Parlement pour approbation, il avait notifié que ses dispositions ne pouvaient être invoquées par des

compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale. Les dispositions régissant l'administration fédérale s'appliquent par analogie aux accords administratifs ». Deux positions doctrinales s'opposent quant à l'objet de l'acte législatif intervenant pour autoriser la ratification du Traité. La doctrine dite traditionnelle s'attache à attribuer à l'acte législatif un rôle de transformation du Traité en droit interne. La doctrine dite moderne assimile l'acte législatif d'adoption à un ordre obligeant le droit interne à respecter le Traité comme composante du droit international. La Cour constitutionnelle, longtemps favorable à la première position, s'est convertie à la seconde, la théorie de l'exécution. V. Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Transformation or adoption of International Law into Municipal Law », *International and comparative Law Quarterly*, 1963, pp. 88-123 ; Andreas L. PAULUS, « Germany », in David SLOSS et Derek JINKS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, op. cit., pp. 209-242 (220).

¹⁵⁵² La juridiction administrative suprême a ainsi été amenée à statuer sur l'effet direct du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, préalable nécessaire à l'examen de la conventionnalité du montant des frais d'inscription universitaires : OVG NRW, 2007, *Deutsches Verwaltungsblatt*, pp. 1442-1448.

¹⁵⁵³ Andreas L. PAULUS, « Germany », in D. SLOSS D. JINKS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, op. cit., p. 226, pts. 44-46.

¹⁵⁵⁴ André NOLKAEMPER, « The Netherlands », in D. SLOSS et D. JINKS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, préc., p. 330.

¹⁵⁵⁵ L'effet direct de cette convention est refusé dans les ordres juridiques des autres États parties. Récemment, Le Conseil d'État français a d'ailleurs confirmé le défaut d'effet direct de la Charte sociale européenne, considérant que celle-ci a « pour objet exclusif de régir les relations entre États » : CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes*, préc.

particuliers devant les tribunaux nationaux, soutenant que les parties contractantes n'avaient pas eu l'intention de les doter de l'effet direct¹⁵⁵⁶. Pourtant, le Hoge Raad a bien reconnu un tel effet à la Charte sociale européenne, en indiquant d'abord que « [o]nly the content of the provision itself [is] decisive: does it require the Dutch legislature to adopt a national regulation with a particular content or purpose, or is its nature such that it can serve in its own right as objective law within the national legal order? »¹⁵⁵⁷ ; pour ensuite estimer que ladite stipulation présentait une complétude suffisante pour être appliquée. Dans la lignée de la jurisprudence du Hoge Raad, les juridictions hollandaises appliquent la conditionnalité d'effet direct, mais en se tenant à un examen conciliant du critère de la complétude¹⁵⁵⁸. Conciliant ne signifie toutefois pas complaisant : appelé à statuer sur l'effet direct de l'article 1 de la Convention de l'Organisation internationale du travail de 1932 portant sur le travail forcé¹⁵⁵⁹, le Hoge Raad a décidé que cette stipulation ne contenait pas une norme présentant une précision suffisante « pour être apte en vertu de son contenu à être directement appliquée et en conséquence à lier toute personne ». Il s'ensuit que « ces stipulations ne peuvent produire des effets de droit objectif en aux Pays-Bas »¹⁵⁶⁰. Le droit conventionnel qui continue de souffrir d'un défaut d'effet direct est principalement constitué des accords internationaux relatifs aux droits sociaux¹⁵⁶¹. De sorte que certaines stipulations de la charte sociale européenne et du PIDESC restent à cet égard privées de valeur obligatoire dans l'ordre juridique hollandais¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁶ Catherinne BRÖLMANN, Bert E. W. VIERDAG, « Pays-Bas/Netherlands », in Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, op. cit., pp. 433-460 (445).

¹⁵⁵⁷ Hoge raad, 30 mai 1986, *Nederlands Spoorwegen v. Vakbonden, Rechtspraak van de Week*, préc., p. 389. Traduction : « [s]eul le contenu de la disposition concernée est décisif en droit hollandais: oblige-t-elle le législateur hollandais à émettre un acte national d'un contenu déterminé ou intègre-t-il directement le droit national sans mesure d'exécution ? ».

¹⁵⁵⁸ En dehors de l'hypothèse où le Traité prévoit expressément son défaut d'effet direct, auquel cas le juge pourra laisser inappliquée la stipulation invoquée, V. Catherinne BRÖLMANN, Bert E. W. VIERDAG, « Pays-Bas/Netherlands », in Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, op. cit., p. 445.

¹⁵⁵⁹ Convention (n° 29) sur le travail forcé, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932, disponible sur internet à l'adresse qui suit : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029.

¹⁵⁶⁰ Hoge Raad, 18 avril 1995, *E.O. v. Public Prosecutor, NYIL*, 1997, p. 336, pts. 6.2. La Haute juridiction administrative des Pays-Bas a jugé que l'article 1 de la Convention sur le travail forcé ne peut pas être lue « as to be eligible by virtue of their contents for direct application and hence to be capable of being binding on all persons ». It follows « that these provisions cannot function as objectively applicable law in the Netherlands ».

¹⁵⁶¹ André NOLKAEMPER, « The Netherlands », in David SLOSS et Derek JINKS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, préc., p. 342.

¹⁵⁶² Pour des arrêts récusant l'effet direct de certaines stipulations de la Charte sociale européenne, V. Hoge Raad, 14 avril 1989, *NYIL*, 1989, p. 469 (article 13(2) privé d'effet direct) ; Hoge Raad, 30 janvier 2004, *LJN n°AM2312*, par. 3.5.9 (article 7 privé d'effet direct) ; Tribunal central d'appel d'Utrecht, 11 octobre

555. Il convient en dernier lieu de mentionner le traitement atypique de la source conventionnelle par les juridictions belges. La Cour de cassation a admis de manière orthodoxe lors de l'arrêt *Le ski* que toute stipulation directement applicable est utilement invocable¹⁵⁶³. Mais la Cour d'arbitrage et le Conseil d'État sont allés plus loin en créant une forme d'invocabilité d'exclusion fondée sur l'effet cliquet du droit conventionnel¹⁵⁶⁴. Dans un arrêt *M'Feddal* de 1989, la haute juridiction administrative belge jugeait ainsi qu'il incombait à l'État qui s'est conformé aux obligations imposées par l'article 13, paragraphe 2 du PIDESC « *de ne pas y déroger ultérieurement ; que la question ainsi posée n'est pas de savoir si le pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a conféré aux particuliers des droits subjectifs dont ils pourraient se prévaloir devant des tribunaux mais de vérifier si la législation belge est compatible avec les objectifs définis dans la règle claire et précise de l'article 13, 2, a, du pacte* »¹⁵⁶⁵. La Cour d'arbitrage belge reprit le raisonnement à son compte dans une décision *cercle des étudiants en alternance*, abandonnant au surplus la référence au caractère clair et précis de la stipulation invoquée, en jugeant que « *[l]'article 13.2., c), du Pacte n'a [...] pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne et, en soi, ne fait pas naître un droit à l'accès gratuit à l'enseignement supérieur. Cette disposition s'oppose toutefois à ce que la Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard – le 6 juillet 1983 –, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif d'une instauration progressive de l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur* »¹⁵⁶⁶. La doctrine belge salue les mérites de cette jurisprudence qui, aux dires de Pierre d'Argent, répond à une exigence logique dans la mesure où « *[i]l paraît tout à fait normal, au contentieux objectif de la légalité, de ne pas exiger que la norme internationale de référence produise des effets directs en droit interne : ce contrôle a en effet pour objectif de vérifier si l'État s'est bien acquitté en*

2007, LJV n°BB5687 (articles 9, 11 and 13 privés d'effet direct) ; Cour d'Appel de La Haye, 3 avril 2008, LJV n°BC8719 (article 12 et 2 (2) privés d'effet direct).

¹⁵⁶³ Cass. belge, 27 mai 1971, *Pasicrisie*, Rec. p. 887.

¹⁵⁶⁴ Marc BOSSUY, Riet LEYSSEN, « La justice constitutionnelle : fonctions et relations avec les autres autorités publiques. Rapport national pour le XVème Congrès de la conférence pour les Cours constitutionnelles européennes, présentée par la Cour constitutionnelle de Belgique », disponible sur <http://www.ccr.ro/congres/BELGIA%20fr.pdf> ; Marc VERDUSSEN, « Le droit communautaire jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Antoine MAITROT DE LA MOTTE, Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, op. cit., pp. 87-106 (98).

¹⁵⁶⁵ CE belge, 6 septembre 1989, *M'Feddal et consorts*, n°32989 ; V. Olivier DE SCHUTTER, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, 1999, Larcier, pp. 313-318.

¹⁵⁶⁶ Cour d'arbitrage, 7 mai 1992, *Cercle des étudiants en alternance et consorts*, 33/92.

droit interne de son obligation internationale combinée avec une disposition constitutionnelle, et non de demander la jouissance d'un droit conféré par une norme internationale »¹⁵⁶⁷.

556. L'effet direct du droit conventionnel n'est cependant sans incidence sur l'invocabilité des accords internationaux que dans l'hypothèse où le droit belge était, préalablement à l'édition de l'acte attaqué, conforme à celui-ci. L'invocabilité sans effet direct a ainsi été confirmée par le Conseil d'État belge, mais seulement dans les hypothèses où était sollicitée l'application de l'effet de *standstill* des stipulations du PIDESC¹⁵⁶⁸. Dans l'hypothèse où un conflit entre une obligation conventionnelle à laquelle l'État belge ne s'est pas préalablement conformé et un acte réglementaire est allégué, le Conseil d'État belge exige en revanche son effet direct¹⁵⁶⁹, en dépit du caractère objectif d'un tel contrôle¹⁵⁷⁰.

557. Les juridictions des États membres de l'Union sont donc encore très largement attachées à l'effet direct, en sa qualité d'instrument de filtrage de l'effectivité des prescriptions conventionnelles dans leur ordre juridique. Partant, c'est tout naturellement que les juges *a quo* demandent à la Cour de justice de procéder à un tel examen par voie préjudicielle lorsqu'ils sont saisis d'un moyen d'inconventionnalité relevant de la compétence interprétative de la juridiction de Luxembourg.

B. Le frein du juge *ad quem* à la consécration de l'invocabilité d'exclusion par les juridictions *a quo*

558. Liées par les interprétations de la Cour de justice, les juridictions des États membres ne peuvent détacher l'invocabilité du droit conventionnel interprété par la Cour de justice de son effet direct (1). La jurisprudence de la juridiction de l'Union constitue à cet égard un frein

¹⁵⁶⁷ Pierre D'ARGENT, « Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international », *R.B.D.I.*, 2012, pp. 355-371 (370).

¹⁵⁶⁸ CE belge, 31 juillet 2007, *Stéphanie Cambier contre les facultés universitaires Notre Dame de la Paix*, n°173796 ; CE belge, 2 octobre 2008, *Florence de Roubaix contre facultés universitaires Notre Dame de la Paix*, n°186850.

¹⁵⁶⁹ À propos de la Convention internationale sur les droits de l'enfant : CE belge, 25 septembre 2009, *x contre ministre de la Politique de la migration et de l'asile*, n°198388 ; à propos de Charte européenne du 15 octobre 1985 de l'autonomie locale : CE belge, 12 décembre 2011, *la ville d'Andenne contre État belge*, n°216815.

¹⁵⁷⁰ Ce caractère objectif avait pourtant justifié 40 ans plus tôt que les directives sans effet direct puissent être érigées en norme de référence dans le cadre d'un tel contrôle : CE belge, 7 octobre 1968, *Croveleyn, J.T.*, 1969, p. 694.

pour la promotion de l'invocabilité d'exclusion de ces normes dans les ordres juridiques des États membres (2).

1) Autorité des interprétations de la Cour de justice

559. La portée générale de l'autorité interprétative des arrêts préjudiciels de la Cour de justice est acquise¹⁵⁷¹. Étant alors entendu que « l'interprétation donnée par la Cour fait donc corps avec la règle »¹⁵⁷², les juridictions internes sont tenues de se conformer au jugement, positif ou négatif, que la juridiction de l'Union aura porté sur l'invocabilité d'un accord international. Engagé dans un « combat contre la tentation qu'éprouverait la Cour d'interpréter trop largement les pouvoirs qui lui sont conférés »¹⁵⁷³, le Conseil d'État réfuta longtemps, à l'appui de sa jurisprudence *O.N.I.C.*¹⁵⁷⁴, la portée générale de l'autorité de ces arrêts préjudiciels. Il ne renonça à cette solution contraire à la jurisprudence de la Cour de justice que tardivement, à l'occasion l'arrêt *Société de Groot* de 2006¹⁵⁷⁵.

560. Il découle alors de la compétence de la Cour de justice pour interpréter les accords internationaux relevant d'un domaine largement couvert par le droit de l'Union¹⁵⁷⁶ que les effets de leurs stipulations dans les ordres juridiques des États membres ne sont plus déterminés par leurs propres organes, mais par une juridiction extranationale¹⁵⁷⁷. Autrement

¹⁵⁷¹ Pour le renvoi préjudiciel en interprétation : CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV contre Administration fiscale néerlandaise*, 28 à 30/62, *Rec.* p. 59 ; pour le renvoi préjudiciel en appréciation de validité : CJCE, 13 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation contre Amministrazione delle finanze dello Stato*, 66/90, *Rec.* p. 1191.

¹⁵⁷² Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, p. 665.

¹⁵⁷³ Jean Paul JACQUE, « À propos de la guerre des juges. Accords et désaccords entre le juge français et la Cour de justice des Communautés européennes », *rev. Adm. Est de la France*, 1981, pp. 5-47 (44).

¹⁵⁷⁴ CE, sect., 26 juillet 1985, *O.N.I.C.*, *Leb.* p. 233. Et les observations de Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA selon qui les réticences des juges du Palais Royal à donner effet à la jurisprudence de la Cour de justice trouvent leur source en « la volonté du Conseil d'État de résister à toute tentative de la Cour de justice de dépasser les compétences que le traité lui a attribuées », (*L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français (Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme)*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 1994, pp. 66-70 (67)).

¹⁵⁷⁵ CE, ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot*, *Leb.* p. 512.

¹⁵⁷⁶ Pour une analyse exhaustive de l'étendue de cette compétence interprétative de la Cour de justice, V. *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1 § 1 (concernant les accords internationaux purement unionnaires) ; et *supra*, cette partie, Titre 1 Chapitre 1, Section 2, § 2 (concernant les accords mixtes).

¹⁵⁷⁷ Mario MENDEZ relève ainsi que, concernant les stipulations des accords mixtes portées à la connaissance des juridictions des États membres, « the domestic legal effect of such norms is not determined by their domestic constitutional order but rather by a supranational court », (« The enforcement of EU agreements : bolstering the effectiveness of Treaty Law? », *préc.*, p. 1725). Traduction : « l'effet de telles normes dans l'ordre interne n'est pas déterminé par l'ordre constitutionnel dont elles relèvent mais par une juridiction supranationale ».

dit, lorsque les juridictions des États membres sont appelés à se prononcer sur l'invocabilité d'un accord mixte, cette interprétation ne s'opère plus dans le cadre d'une relation duale dans laquelle l'État décide des effets à accorder au droit international, mais s'exerce dans le cadre du triptyque État membre (ordre juridique dans lequel la norme conventionnelle est invoquée)/ Union européenne (ordre juridique dans lequel l'invocabilité de la norme conventionnelle est appréciée)/ droit international (ordre juridique d'origine de la norme conventionnelle invoquée)¹⁵⁷⁸.

561. Dans l'ordre juridique français, cette autorité interprétative des décisions de la Cour de justice relatives à l'invocabilité des accords internationaux s'est concrétisée à l'occasion de l'arrêt *Société air Algérie* du 6 décembre 2012¹⁵⁷⁹. En l'espèce, la société Air Algérie alléguait, entre autres moyens d'inconventionnalité, la violation de l'article 2, paragraphe 2 du protocole de Kyoto par la directive 2008/101 relative aux quotas d'émission de gaz à effets de serre¹⁵⁸⁰, transposée par le décret attaqué¹⁵⁸¹. Le Conseil d'État a d'abord rappelé les exigences de la jurisprudence *CILFIT*¹⁵⁸², en jugeant que « *la Cour de Justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer si les stipulations d'une convention internationale par laquelle l'Union est liée ont un contenu inconditionnel et suffisamment précis pour pouvoir être invoquées en justice, [...] sous réserve que la question posée soit déterminante pour la solution du litige que la juridiction nationale doit trancher et qu'elle présente une difficulté sérieuse* »¹⁵⁸³. Le rappel de ce principe cardinal de répartition des compétences juridictionnelles dans l'ordre juridique de l'Union est bienvenu, le Conseil d'État ayant parfois, par le passé, fait peu de cas de la compétence interprétative de la Cour pour apprécier l'invocabilité des accords mixtes¹⁵⁸⁴. Le conseil d'État a ensuite estimé, qu'en vertu de l'interprétation de l'effet direct du Protocole de Kyoto qui fut délivrée par la Cour de

¹⁵⁷⁸ V. Ramses A. WESSEL, « Reconsidering the relationship between international and EU law : towards a content-based approach? », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses A. WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 7-33.

¹⁵⁷⁹ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc.

¹⁵⁸⁰ Directive (CE) n° 2008/101, 19 novembre 2008, directive modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, préc.

¹⁵⁸¹ Décret n° 2011-90 du 24 janvier 2011 portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹⁵⁸² CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la santé*, préc.

¹⁵⁸³ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc., pt. 28.

¹⁵⁸⁴ Il a notamment défini les termes de l'invocabilité des stipulations de la Convention d'Aarhus sans en référer à la Cour de justice alors même que l'Union est liée par ce traité et que l'interprétation de l'invocabilité de certaines stipulations soulevait d'évidentes difficultés. Pour un arrêt de synthèse, CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc.

justice lors de l'arrêt *Air Transport Association of America*¹⁵⁸⁵, « ces stipulations ne sauraient être considérées comme revêtant un caractère inconditionnel et suffisamment précis de manière à engendrer pour le justiciable le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité de la directive 2008/101/CE »¹⁵⁸⁶. De sorte que les stipulations du Protocole de Kyoto sont jugées dépourvues d'effet direct et, *ipso jure*, non invocables.

562. Bien que cette compétence interprétative de la Cour ait pour vertu d'harmoniser les effets juridiques des accords mixtes dans l'espace juridique européen, elle présente dans le même temps l'inconvénient de rendre plus difficile toute initiative des États membres en faveur d'une libéralisation des conditions d'invocabilité du droit conventionnel.

2) Frein à la consécration de l'invocabilité d'exclusion par les juridictions des États membres

563. Pour nécessaire que soit la compétence interprétative de la Cour à l'avènement d'un espace européen commun de l'invocabilité des accords internationaux liant l'Union, celle-ci le freine corrélativement la promotion de la justiciabilité du droit conventionnel international devant les juridictions des États membres. Dans le cadre de cette étude, la solution *GISTI et FAPIL*¹⁵⁸⁷ a ainsi été déplorée en raison des arguments logiques qui militent en faveur de l'abandon de la subordination de l'invocabilité à l'effet direct dans le recours pour excès de pouvoir¹⁵⁸⁸. Commentant cet arrêt, Jean Matringe soutenait d'ailleurs qu'un tel élargissement de l'invocabilité « n'est qu'une question de temps »¹⁵⁸⁹. Ce processus d'assimilation du régime de l'invocabilité du droit d'origine internationale à celui du droit d'origine interne pourrait cependant être ralenti par le maintien de la conditionnalité d'effet direct par la Cour de justice dans le cadre de la procédure préjudicielle. Une hypothétique consécration de l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel par le juge administratif français ne pourrait,

¹⁵⁸⁵ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc.

¹⁵⁸⁶ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc., pt. 29.

¹⁵⁸⁷ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

¹⁵⁸⁸ Pour une présentation des apories de l'exigence de la complétude et de l'aptitude d'une norme conventionnelle à produire des droits subjectifs dans cette voie de droit, V. *supra*, ce Titre, chapitre 1.

¹⁵⁸⁹ Jean MATRINGE, « Jurisprudence française en matière de droit international public », *R.G.D.I.P.*, 2012, pp. 936-944 (944).

en vertu de la jurisprudence *Société de Groot*¹⁵⁹⁰, être étendue aux accords internationaux liant l'Union, tant que la Cour de justice ne renonce pas à la subordination de l'invocabilité à l'effet direct. On sait qu'en considération des difficultés considérables qui émaillent l'accès des particuliers au prétoire de l'annulation, les requérants sont bien souvent amenés à exciper, à l'appui d'un recours formé contre un acte national, l'illégalité de l'acte unionaire dont il est la concrétisation¹⁵⁹¹. N'ayant pas compétence pour déclarer invalide un acte des institutions de l'Union¹⁵⁹², il suit que la juridiction nationale doit alors soit relayer la question du requérant devant la Cour de justice par voie préjudicielle, soit l'écarter ou la résoudre sur le terrain de la théorie de l'acte clair¹⁵⁹³. Or, ainsi que l'illustre l'affaire *Air Algérie*¹⁵⁹⁴, le doute relatif à la validité d'un acte de l'Union au regard de ses engagements conventionnels peut être dissipé en raison du défaut d'invocabilité de cette dernière précédemment constaté par la Cour.

564. Il paraît alors difficilement concevable que le juge de l'excès de pouvoir attache l'invocabilité des accords purement français à leur caractère obligatoire et à leur primauté, tout en continuant parallèlement d'examiner les critères de l'effet direct pour admettre l'invocabilité des accords liant l'Union. Le dédoublement fonctionnel du juge administratif conduirait à un dédoublement du régime de l'invocabilité du droit conventionnel : ici, il appliquerait la conditionnalité d'effet direct en sa qualité de juge de la validité des actes de l'Union ; là, il n'aurait pas à en connaître en sa qualité de juge de la validité des actes émis par les autorités normatives françaises et ne concrétisant pas le droit de l'Union. Or, la fonction de l'action formée contre ces actes, élément déterminant du régime de l'invocabilité, ne varie pas dans ces deux types d'action. De sorte qu'il n'y a pas de soutien logique à limiter l'extension du champ des normes de référence invocables dans le cadre des seules actions formées contre des actes n'ayant pas pour objet de transposer le droit de l'Union. L'invocabilité d'exclusion dans le cadre de la procédure préjudicielle apparaît donc souhaitable à deux titres : d'une part, elle se fonderait mieux dans la logique objective de cette voie de droit que le régime de

¹⁵⁹⁰ CE, ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot*, préc.

¹⁵⁹¹ Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes communautaires*, op. cit., p. 214.

¹⁵⁹² Olivier DUBOS indique en ce sens que « ce qui est refusé par la Cour de justice aux juridictions nationales, ce n'est pas tant [...], la compétence pour contrôler la validité des actes communautaires, mais le pouvoir de les déclarer invalides », (*Les juridictions nationales, juge communautaire: contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 107).

¹⁵⁹³ La Cour de justice estime ainsi que les juridictions des États membres « peuvent examiner la validité d'un acte communautaire et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens » : CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, préc.

¹⁵⁹⁴ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc., pt. 29.

l'invocabilité actuellement appliqué par la Cour ; d'autre part, elle inciterait les juges de la légalité des actes des Etats membres à abandonner la conditionnalité d'effet direct.

* *
*

565. Conclusion de chapitre : La Cour de justice et le Conseil d'État maintiennent l'effet direct dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité et le recours pour excès de pouvoir. Doit-on en conclure, avec Norbert Foulquier que « *c'est finalement reconnaître que le recours pour excès de pouvoir ne repose pas sur des postulats complètement objectifs* »¹⁵⁹⁵, pour ensuite étendre cette observation au renvoi préjudiciel en appréciation de validité ? En réalité, ce constat serait plus difficilement contestable si les juges de Paris et de Luxembourg filtraient de la même manière l'invocabilité du droit d'origine interne. Dans une telle hypothèse, ces voies de droit se rapprocheraient du modèle contentieux allemand, attachées à la *schutznormtheorie* qui veut que les justiciables ne peuvent contester que ceux des actes juridiques qui affectent leurs droits subjectifs. Mais tel n'est pas le cas et l'examen de l'aptitude de la norme à porter des droits pour établir son invocabilité reste le privilège – au sens propre – du droit conventionnel. L'exception n'ayant pas vocation à s'ériger en règle, l'effet direct s'affirme donc comme une affectation résiduelle des fondements objectifs sur lesquels reposent le recours pour excès de pouvoir et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Le retrait de la conditionnalité d'effet direct profiterait par conséquent à l'intégrité de l'objectivité de ces voies de droit. Il n'est pas inutile de préciser que si la fonction et la cohérence des systèmes contentieux subjectifs ne sont pas affectées par la conditionnalité d'effet direct, ces systèmes sont loin de constituer la panacée pour le traitement juridictionnel des obligations conventionnelles¹⁵⁹⁶. Eyal Benvenisti remarque en ce sens que « *if a judicial enforcement of international law is the goal, the doctrine of standing must be applied to admit*

¹⁵⁹⁵ Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle, op. cit.*, p. 401.

¹⁵⁹⁶ En témoignent les incompatibilités constatées par la Cour de justice entre les règles de recevabilité régissant les systèmes contentieux subjectifs – ici le Royaume de Suède, la Slovénie et l'Allemagne – et les droits processuels créés par la Convention d'Aarhus aux fins de garantir les droits substantiels qu'elle porte : CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsörening contre Stockholms kommun genom dess marknämnd*, C-263/08, *Rec.* p. I-9967 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc. ; CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc.

individual suits that invoke international law, even when they fail to show an infringed personal right »¹⁵⁹⁷. Au total, ce chapitre a permis de mettre en évidence l'incohérence introduite dans les voies de droit objectives par le filtre de l'effet direct, mais il convient de préciser que ces voies de droit restent les plus favorables à la garantie du respect des règles conventionnelles par les autorités publiques.

* *
*

¹⁵⁹⁷ Eyal BENVENISTI, « Judges and Foreign Affairs : A Comment on the Institut de Droit international's Resolution on the Activities of National Courts and the International Relations of their State », *EJIL*, 1994, pp. 421-439 (438). Traduction : « si l'application juridictionnelle est l'objectif, la doctrine de la qualité pour agir doit être appliquée dans l'optique de traiter les actions initiées par des individus qui invoquent le droit international, même lorsque ceux-ci ne parviennent pas à établir la lésion de l'un de leurs droits ».

566. Conclusion de titre : Le caractère obligatoire et la prévalence du droit conventionnel ne constituent pas un fondement autonome de la sanction de sa violation par des normes de rang inférieur émises par les autorités publiques de l'État français et de l'Union européenne. Placé dans le contentieux de la légalité, ce constat appelle une série de remarques. Le juge de la légalité s'attribue le pouvoir de ne pas sanctionner la violation du droit d'origine internationale dépourvu d'effet direct par une règle interne. *Ipsa jure*, la primauté de ce droit sur les règles législatives et infra-législatives se trouve privée de conséquences juridiques lorsqu'est en cause la violation d'une stipulation conventionnelle sans effet direct. De sorte que le respect d'un élément de la légalité des ordres juridiques français et de l'Union européenne – le droit conventionnel dépourvu d'effet direct – ne constitue pas un critère de la légalité des actes internes de rang inférieur. Le droit d'origine internationale est donc privé d'une des propriétés fondamentales attachées à sa nature de règle : son aptitude à fonder l'invalidation d'actes juridiques de rang inférieur contraires à ses prescriptions¹⁵⁹⁸. Les ordres juridiques français et de l'Union ont entendu instituer une systématique de voies de droit qui soit en mesure de garantir la légalité – comprise comme la conformité aux règles de rang supérieur – des normes édictées par leurs autorités. Il leur appartient par conséquent de clarifier la zone grise créée par l'immunité juridictionnelle dont bénéficient les actes adoptés en violation de règles conventionnelles dépourvues d'effet direct¹⁵⁹⁹. La consécration d'une justiciabilité objective du droit conventionnel, en la forme d'une invocabilité d'exclusion des accords internationaux, permettrait de combler cet angle mort de l'État de droit¹⁶⁰⁰.

* *
*

¹⁵⁹⁸ Si l'application de l'effet direct par le juge de la légalité conduit à certaines impasses dans l'analyse du droit conventionnel en termes de règle de droit, elle ne s'en trouve pas moins résiduellement justifiée par des considérations d'opportunité. La sauvegarde sécurité juridique, et singulièrement la préservation de la stabilité des situations juridiques individuelles, offre ainsi une caution à l'emploi de l'effet direct comme moyen de filtrage juridictionnel du droit conventionnel. On s'intéresse ici aux litiges triangulaires occasionnellement rencontrés dans le contentieux objectif.

¹⁵⁹⁹ L'existence de cette zone grise est mentionnée par l'avocat général Jääskinen qui indique que celle-ci est le produit de « la création d'un espace soustrait à tout contrôle judiciaire », Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur JUE, Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, préc., pt. 78.

¹⁶⁰⁰ Pour une proposition de modèle d'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel, V. *infra*, partie 2, Titre 2.

567. Conclusion de partie : La réciprocité d'application et l'effet direct constituent les deux principaux filtres employés par la Cour de justice et le Conseil d'État dans le cadre de la théorie subjective de l'invocabilité qui continue d'occuper une position dominante dans leur jurisprudence. Le premier s'oppose à l'invocabilité des accords fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels, au premier rang desquels les accords OMC, par les requérants privés et privilégiés. Il vise à préserver la marge de manœuvre des institutions de l'Union dans la négociation et l'exécution de ce droit et à protéger la situation concurrentielle des agents économiques européens. Le second filtre s'oppose à l'invocabilité des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct, c'est-à-dire non créatrices de droits subjectifs. L'effet direct est attribué avec une certaine systématisme aux accords d'association conclus par l'Union européenne¹⁶⁰¹, aux traités de protection des droits-libertés¹⁶⁰², ainsi qu'aux accords conclus dans le domaine des transports¹⁶⁰³. En revanche, il permet à la Cour de justice et au Conseil d'État d'écarter l'invocabilité-sanction de nombreuses obligations conventionnelles intervenant dans des domaines aussi variés que la protection de l'environnement¹⁶⁰⁴, des droits sociaux¹⁶⁰⁵ et des personnes vulnérables¹⁶⁰⁶, ou encore le droit de la propriété intellectuelle¹⁶⁰⁷. Et le fait que la Cour de justice vienne à préempter la compétence des juridictions nationales pour apprécier l'invocabilité des normes conventionnelles régissant certains de ces domaines ne promeut pas l'invocabilité de celles-ci dans l'ordre juridique français, puisque les juridictions françaises et de l'Union européenne soumettent actuellement la dévolution de l'effet direct à des exigences similaires. Cette condition d'invocabilité crée une zone d'ombre dans l'État et dans l'Union de droit, dans la

¹⁶⁰¹ V. par exemple, l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Grèce, préc. ; Convention d'association entre la Communauté économique européenne et les États africains et malgache associés à cette Communauté ; Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République algérienne démocratique et populaire ; Accord sur l'espace économique européen.

¹⁶⁰² V. par exemple, la Convention européenne des droits de l'Homme, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁶⁰³ V. par exemple, l'accord « ciel ouvert » sur les services aériens entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, préc. ; Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, conclue à Montréal le 28 mai 1999, signée par la Communauté européenne le 9 décembre 1999 et approuvée au nom de celle-ci par la décision du Conseil 2001/539/CE, du 5 avril 2001, *JOCE*, L 194, p. 38.

¹⁶⁰⁴ V. par exemple, le protocole de Kyoto et de nombreuses stipulations de la Convention d'Aarhus sont dépourvues d'effet direct.

¹⁶⁰⁵ V. par exemple, la Charte sociale européenne et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels sont dépourvus d'effet direct.

¹⁶⁰⁶ V. par exemple, la Convention relative aux droits des personnes handicapées dans son ensemble et la plupart des stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant sont dépourvus d'effet direct.

¹⁶⁰⁷ V. par exemple, le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes est dans son ensemble dépourvu d'effet direct. Les accords ADPIC ne sont pour leur part pas invocables en raison du défaut d'application réciproque par les autres parties contractantes.

mesure où les autorités publiques peuvent librement violer les obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct, sans que l'acte qui est la cause de cette violation ne soit exposé à une perspective d'invalidation juridictionnelle. De sorte que la primauté et le caractère obligatoire de ces normes conventionnelles n'ont pas d'emprise sur la validité des règles internes antinomiques. L'effet direct constitue donc un obstacle au déploiement des effets du principe de primauté qui ne peut se justifier dans le contentieux de la légalité. Cela ne signifie pas pour autant que cette propriété de la norme conventionnelle n'emporte aucune conséquence juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État. La théorie objective de l'invocabilité permet précisément d'appeler ces juridictions à attacher des effets à la primauté du droit conventionnel, en les invitant par exemple à adopter une interprétation du droit interne qui lui soit conforme. La carence de la théorie objective de l'invocabilité, telle qu'actuellement appliquée par la Cour de justice et le Conseil d'État, reste qu'elle n'autorise que très exceptionnellement la sanction des violations des obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct.

Partie 2 : La diffusion souhaitable de la théorie objective de l'invocabilité

568. La théorie objective de l'invocabilité permet aux justiciables de se prévaloir en justice des règles conventionnelles sur le fondement de leur primauté. Ceux-ci peuvent ainsi réclamer au juge interne d'attacher à la norme conventionnelle les effets qui peuvent être associés à leur prévalence. En substance et *de lege lata*, il est alors possible de demander au juge de délivrer une interprétation du droit interne qui soit conforme à la norme conventionnelle sur le fondement de sa primauté. Il s'agit de l'invocabilité d'interprétation. Mais au-delà, et *de lege ferenda*, il devrait également être possible de fonder sur la primauté de la norme conventionnelle une requête tendant « à sanctionner la violation par les autorités publiques des obligations posées par cette norme »¹⁶⁰⁸. Il s'agit de l'invocabilité-sanction. Dans ces deux cas, l'invocabilité de la norme conventionnelle est indifférente à son effet direct, dans la mesure où le requérant ne revendique pas l'application juridictionnelle d'un droit subjectif qu'il prétendrait en tirer.

569. La Cour de justice et le Conseil d'État français ont ponctuellement incorporé la théorie objective de l'invocabilité dans leur jurisprudence. L'invocabilité d'interprétation du droit conventionnel est en effet possible devant leur prétoire¹⁶⁰⁹. Mais, concernant l'invocabilité-sanction, la démarche adoptée par la Cour de justice et le Conseil d'État est restée très pointilliste. Les hypothèses dans lesquelles ces juridictions admettent l'invocabilité des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct pour sanctionner leur violation par une règle interne sont rares et ne se rejoignent pas. Ainsi, la Cour de justice a autonomisé de l'effet direct certaines formes d'invocabilité permettant aux justiciables de solliciter une mise en conformité du droit interne aux obligations internationales qui lient l'Union¹⁶¹⁰ ; tandis que le

¹⁶⁰⁸ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 565.

¹⁶⁰⁹ CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc. ; CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, n°204756, *Leb.* p. 581.

¹⁶¹⁰ L'invocabilité *Nakajima*, ainsi que l'invocabilité d'exclusion dont les requérants privilégiés bénéficient devant la Cour de justice permettent en effet d'invalider les règles internes contraires aux obligations internationales liant l'Union européenne, (CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union*

Conseil d'État a accepté de dissocier l'invocabilité des normes conventionnelles de leur effet direct dans le cadre de certaines actions tendant à obtenir la sanction des autorités publiques qui se sont rendues coupables de comportements non conformes aux obligations internationales qui s'imposent à la France¹⁶¹¹.

570. Dans la mesure où les violations des normes conventionnelles sans effet direct ne peuvent en principe pas être portées à la connaissance de leurs juridictions¹⁶¹², ces quelques formes d'invocabilité ne permettent cependant pas à la France et à l'Union européenne de se soumettre aux principes de l'État de droit¹⁶¹³ et de l'"État ouvert"¹⁶¹⁴ au droit international, auxquels ils ont pourtant adhéré. D'une part, le principe de l'État de droit engage les autorités publiques à respecter les règles de droit qui encadrent et définissent les conditions de leur action. D'autre part, la doctrine de l'"État ouvert" commande une jurisprudence favorable aux effets juridiques du droit international dans l'ordre interne. De sorte que la combinaison de

européenne, préc.). C'est donc l'acte émis par une institution de l'Union, et non l'institution elle-même, qui est spécifiquement l'objet de la sanction.

¹⁶¹¹ L'invocabilité de réparation du droit conventionnel est dissociée de l'effet direct dans l'arrêt *Gardedieu* : CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc.

¹⁶¹² Les invocabilités *Nakajima* (droit des justiciables publiques ou privés de contester la conformité d'un acte juridique interne à l'obligation internationale qu'il met en œuvre) et *Biotech* (droit des requérants privilégiés de contester la conformité du droit interne à un acte conventionnel sans effet direct), établies dans la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc.), constituent les deux exceptions à ce principe.

¹⁶¹³ L'indépendance de la fonction juridictionnelle, le respect des droits fondamentaux et des dispositions institutionnelles de la Constitution, ainsi que l'intégrité de la hiérarchie des normes, qui sont les principes fondamentaux de l'État de droit, (V. Philippe LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2004, pp. 149-160) sont en effet garantis dans l'ordre juridique français, (V. Eric CARPANO, *État de droit et droits européens*, Paris, L'harmattan, 2005, p. 277). L'Union européenne, alors Communauté européenne a, quant à elle, affiché sa prétention de se soumettre aux principes de l'État de droit dans le célèbre arrêt *Les Verts contre Parlement* : CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste les Verts contre Parlement européen*, 294/83, *Rec.* p. 1339, pt. 23.

¹⁶¹⁴ Ce positionnement de l'ordre interne vis-à-vis du droit international est désigné en doctrine allemande sous le vocable d'"offener Staat". Cette expression exprime en doctrine allemande la posture de l'ordre juridique qui favorise le développement des normes internationales (première composante) et la production par le droit international d'effets juridiques dans l'ordre interne (seconde composante), (V. Rainer WAHL, « Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen », *Juristische Schulung*, décembre 2003, vol. 12, pp. 1145-1151 ; Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 298). La première composante est présente dans l'article 3, alinéa 5 TUE (« Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue [...] au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies »), et dans l'alinéa 15 du préambule de 1946 (« Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix »). La seconde composante de cette ouverture de la France et de l'Union européenne à la source internationale est perceptible dans l'article 55 de la Constitution de 1958 (« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »), et dans l'alinéa 14 du préambule de 1946 (« La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international... ») ; ainsi que dans l'article 216, alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres »).

ces deux principes, auxquels les systèmes constitutionnels français et de l'Union européenne ont adhéré, invite à élargir le champ des prétentions dans le cadre desquelles la théorie objective de l'invocabilité pourrait trouver à s'appliquer. C'est tout particulièrement dans les actions tendant à l'annulation des actes internes inconstitutionnels – contentieux qui participe de toute évidence à la sanction de la violation par les autorités publiques des obligations posées par le droit conventionnel –, qu'il convient de fonder sur la primauté l'invocabilité des accords internationaux. La reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion dans ce cadre permettrait de renforcer la cohérence de l'ordre juridique que l'État de droit tend à promouvoir, ainsi que de limiter les cas d'engagement de la responsabilité internationale que l'"État ouvert" au droit international cherche à éviter.

571. D'ordres descriptifs, les premiers développements de cette partie systématisent les hypothèses dans lesquelles la Cour de justice et le Conseil d'État français admettent l'invocabilité de règles conventionnelles dépourvues d'effet direct (Titre 1). D'ordres prospectifs, les seconds développements exposent les conditions pour lesquelles, et dans lesquelles, l'invocabilité de ces règles devrait être autonomisée de l'effet direct dans le contentieux de l'annulation (Titre 2).

Titre 1 : L'application minimale de la théorie objective de l'invocabilité

572. Le droit de se prévaloir d'une règle conventionnelle devant les juridictions françaises et de l'Union européenne est étroitement associé à son aptitude à produire un effet direct¹⁶¹⁵. Cet obstacle à la sanction juridictionnelle des comportements normatifs inconventionnels n'est toutefois pas insurmontable. Quelques formes d'invocabilité objective – c'est-à-dire qui fondées sur la primauté des règles conventionnelles – favorisent la mise en conformité des droits français et de l'Union à ces règles qui, en dépit de leur potentiel défaut d'effet direct, s'imposent à leurs autorités normatives.

573. Les autorités normatives françaises et de l'Union européenne agissent en effet dans des ordres juridiques ouverts au droit international. Or, dans l'ordre juridique ouvert au droit international, « *l'exécution des obligations d'origine internationale primaires et, à défaut, secondaires [...] est une composante de la soumission de la puissance publique au droit* ». Et ce type d'ordre juridique « *conserve un pouvoir d'arbitrage qui se joue entre la légalité et la responsabilité mais la renonciation à la première lui impose d'assumer la seconde* »¹⁶¹⁶. L'obligation internationale primaire est celle qui « *impose en soi un comportement déterminé, fixant le contenu d'un engagement international de caractère substantiel* »¹⁶¹⁷. Quant aux obligations secondaires, elles se rapportent aux règles primaires et s'attachent à définir les

¹⁶¹⁵ V. sur ce thème, Philippe MANIN, « À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », préc., pp. 407-411 ; Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur Conseil d'État, arrêt du 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.

¹⁶¹⁶ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 526. L'idée était déjà présente dans la thèse de doctorat de l'auteur, dans laquelle il était soutenu que la constitutionnalisation des obligations de comportement international, ou la création de rapports formels avec un ordre juridique extranational, obligent l'État à « *renoncer à cette marge étroite dans laquelle il peut, en opportunité, arbitrer entre la légalité et la responsabilité, entre ses obligations primaires et ses obligations secondaires* », (*La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 553).

¹⁶¹⁷ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 772. Cette définition introduit en droit international le concept des règles primaires de Herbert L.A. HART, (*Le concept de droit*, op. cit., p. 99, cité *supra*, Partie 1, Titre 2, chapeau introductif).

conditions relatives « à la sanction de leur inobservation »¹⁶¹⁸. De fait, lorsque sont en cause des stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct, l'arbitrage de la jurisprudence du Conseil d'État penche en faveur de l'application des obligations secondaires de la France, tandis que la Cour de justice privilégie le respect des obligations primaires de l'Union européenne¹⁶¹⁹.

574. Dans quelques hypothèses, la juridiction de l'Union offre aux requérants le droit de se prévaloir de certaines normes conventionnelles dépourvues d'effet direct dans le contrôle de la légalité des actes de l'Union et de ses États membres. C'est alors respectivement le fait que le requérant soit un État ou une institution de l'Union, ou que l'acte attaqué mette en œuvre la convention dont le justiciable se prévaut, qui permet de fonder l'invocabilité de la règle conventionnelle sur sa primauté. Les règles conventionnelles sans effet direct sont en outre régulièrement prises en considération par la Cour de justice lorsqu'elle est appelée à interpréter le droit de l'Union et de ses États membres. Ces formes d'invocabilité, qui visent à prévenir ou supprimer les antinomies entre règles internes et internationales, favorisent la conformité du comportement des institutions et des États membres aux règles conventionnelles substantielles qui les lient. De sorte que la jurisprudence de la juridiction de Luxembourg promeut le respect des obligations internationales primaires de l'Union européenne.

575. De son côté, le Conseil d'État offre aux justiciables le droit de se prévaloir de normes conventionnelles dépourvues d'effet direct aux fins d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'État ayant violé ces prescriptions. Cette invocabilité de réparation favorise la satisfaction des obligations secondaires liant la France. En définitive, lorsque sont en cause des normes conventionnelles dépourvues d'effet direct, la Cour de justice concentre son office sur la satisfaction des obligations de comportement pesant sur les institutions de l'Union, tandis que le Conseil d'État accorde davantage d'importance à la satisfaction de l'obligation de réparer les conséquences préjudiciables des actes internes contraires à ces

¹⁶¹⁸ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, op. cit., 2001, p. 772. Rappelons que Herbert L.A. HART désignait les règles secondaires comme se rapportant aux règles primaires, car elles précisent comment « en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre », (*Le concept de droit*, op. cit., p. 99).

¹⁶¹⁹ La juridiction de l'Union attache à l'engagement de la responsabilité de l'Union pour violation du droit conventionnel des effets équivalents à ceux découlant d'un contrôle de légalité, c'est-à-dire l'annulation corrélative de l'acte inconstitutionnel. Elle refuse pour cela de simplifier l'invocation du droit conventionnel dans l'exécution de ses obligations secondaires : CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc.

obligations de comportement. Ces choix distincts des juridictions de Paris et Luxembourg s'inscrivent toutefois dans une commune volonté de promouvoir la juridicité des normes conventionnelles sans effet direct.

576. Au contraire du Conseil d'État, la Cour de justice a admis en des hypothèses variées l'aptitude des règles conventionnelles sans effet direct à constituer des paramètres de la légalité des actes internes (Chapitre 1). Hors du contentieux de la légalité, la juridiction de l'Union prévient la violation des règles conventionnelles, dotées ou non de l'effet direct, par une utilisation intensive de l'interprétation conforme ; tandis que le Conseil d'État privilégie la réparation des préjudices causés par l'acte interne contraire à ces règles, en admettant leur invocabilité de réparation (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une invocabilité restreinte dans le contrôle de légalité

577. Par principe, la Cour de justice de l'Union et le Conseil d'État français n'examinent pas la validité du droit d'origine interne à l'aune du droit conventionnel dépourvu d'effet direct¹⁶²⁰. L'application du principe de légalité au rapport de conformité du droit interne aux règles conventionnelles se trouve ainsi subordonnée à la démonstration de l'effet direct de ces dernières. Aussi, lorsqu'un requérant allègue la violation d'une règle conventionnelle dépourvue d'effet direct, son défaut d'invocabilité tempère les incidences de l'obligation de respect du droit conventionnel qui pèse sur les institutions françaises et de l'Union au titre des articles 216, paragraphe 2 du TFUE¹⁶²¹ et 55 de la Constitution française¹⁶²². L'absence d'effet direct de certaines règles internationales n'a pourtant pas vocation à leur retirer tout caractère obligatoire dans les ordres juridiques de l'Union et de l'État français¹⁶²³. Si bien que

¹⁶²⁰ Héritée des arrêts *International Fruit* (CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc., pt. 8) et *Melle Valton* (CE, 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget (Melle Valton et Melle Crepeaux)*, préc.), la soumission de l'invocabilité des accords internationaux à l'effet direct exclut l'application par la Cour de justice et le Conseil d'État des stipulations conventionnelles non porteuses de droits. Ce principe a depuis été appliqué avec constance par les juridictions de Paris et de Luxembourg. Sans prétendre à l'exhaustivité, pour la Cour de Justice de l'Union européenne : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association & European Low Fares airline Association*, préc. Pour le Conseil d'État, V. CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, préc. ; CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc. ; CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

¹⁶²¹ La Cour de justice fonde la prévalence des accords internationaux liant l'Union sur le droit dérivé sur l'article 216, paragraphe 2 TFUE. Cet article dispose que « les accords conclus par les institutions lient l'Union et les États membres », V. CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, préc., pt. 37 ; CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 15 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 42 ; CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, préc., pt. 307 ; TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc., pt. 51.

¹⁶²² CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

¹⁶²³ Pour une présentation de l'autonomie du caractère obligatoire de la règle conventionnelle vis-à-vis de son effet direct, V. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. En droit de l'Union européenne, V. Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, op. cit., pp. 510-521 ; Edouard DUBOUT, « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, Sébastien TOUZE, (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, op. cit., p. 44 ; Loïc GRARD, « L'invocabilité communautaire du droit international », in *L'Union européenne : union du droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, op. cit., p. 639 ; Jan KLABBERS, *The European Union in International Law*, op. cit., p. 77 ; Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 66 ; Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen*,

l'impossibilité d'invoquer les actes conventionnels dépourvus d'effet direct pour contester la régularité des actes internes peut porter atteinte à la légalité « *qui n'est rien d'autre que la conformité aux normes juridiques supérieures* »¹⁶²⁴. De cette manière, la logique du filtrage juridictionnel du droit conventionnel applicable, motivée par son origine internationale, a pris le pas sur l'obligation de respecter de la hiérarchie des normes¹⁶²⁵.

578. Il s'agit donc ici d'examiner dans quelles hypothèses la Cour de justice et le Conseil d'État rendent justice à la hiérarchie des normes, en permettant aux justiciables de se prévaloir d'un droit à la légalité conventionnelle. Le contrôle de conventionnalité est alors exercé dans la seule perspective de sanctionner la méconnaissance par l'Union ou l'État français de leurs obligations internationales, et non de protéger les droits individuels des requérants¹⁶²⁶. Prenant en considération l'office de juge de la légalité qu'elle remplit dans le cadre de ce contrôle, la Cour de justice s'autorise très ponctuellement à dissoudre le couple invocabilité/ effet direct, chose à laquelle se refuse presque totalement le Conseil d'État.

579. Les configurations contentieuses donnant lieu à une telle dissociation sont variables. D'une part, certaines propriétés spécifiques à la règle conventionnelle invoquée – tenant à la nature processuelle de l'obligation qu'elle porte ou à sa mise en œuvre par la norme contrôlée – justifient l'application de la théorie objective de l'invocabilité par la Cour de justice (Section 1). D'autre part, la nature institutionnelle des requérants permet toujours à la Cour de justice et au Conseil d'État d'écarter le filtre de l'effet direct (Section 2).

Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, affaires jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P ; en droit administratif français, V. Yann AGUILA, « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc. ; Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur Conseil d'État, arrêt du 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc. ; Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc. ; Carlo SANTULLI, « Chronique de droit administratif et droit international (année 2012) », préc. ; Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet des engagements internationaux », préc.

¹⁶²⁴ Denys DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 34.

¹⁶²⁵ Au contraire de la théorie de l'invocabilité des directives et des normes constitutionnelles, qui a détaché l'invocabilité d'exclusion de la conditionnalité d'effet direct, V. CJCE, 19 septembre 2000, *État du Grand-Duché du Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc. ; V. également, les éclairages d'Olivier DUBOS à propos de l'affaire *Berthe Linster*, (« L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise », préc.) ; CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc.

¹⁶²⁶ Marie GAUTIER a à ce propos mis en évidence l'opportunité de distinguer les régimes de l'« *invocabilité-sanction* », qui vise à sanctionner l'insubordination normative de l'autorité normative étatique, et de l'« *invocabilité créance* », qui permet à la personne de revendiquer la protection de l'un de ses droits subjectifs internationaux, (« L'effet direct des conventions internationales », préc., pp. 565-566).

Section 1: L'invocabilité motivée par la nature des normes en conflit

580. Le premier motif de dissociation du couple effet direct/ invocabilité tient aux propriétés des normes en conflit. Il s'est développé dans la jurisprudence de la Cour de justice, sans trouver écho au Palais Royal, et bénéficie tant aux requérants privilégiés qu'aux requérants ordinaires. Les propriétés des règles conventionnelles étant susceptibles de justifier ces écarts à la jurisprudence *International Fruit*¹⁶²⁷ sont de deux types. Le premier réside en la singularité du régime de l'invocabilité des normes conventionnelles secondaires, et tout particulièrement des « règles de décisions »¹⁶²⁸. Il s'agit des règles conventionnelles, qui, telles les stipulations de la Convention d'Aarhus, sont porteuses d'obligations procédurales. Le second s'attache à l'exécution de la règle conventionnelle invoquée par la norme contrôlée. Des éléments traditionnellement indifférents à l'invocabilité, la substance de la norme et le rapport qu'elle entretient avec la norme contrôlée, influent donc sur la possibilité pour les individus de se prévaloir du droit conventionnel devant la Cour de justice. Cette dilution marginale du lien tissé entre effet direct et invocabilité est mal accueillie par les autorités normatives de l'Union européenne qui voient ainsi s'élargir le bloc de conventionnalité dont le respect conditionne la validité de leur produit juridique¹⁶²⁹.

¹⁶²⁷ Cette jurisprudence subordonne l'invocabilité du droit conventionnel à l'effet direct. CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc. ; CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc.

¹⁶²⁸ Ces « *rules of adjudication* » sont définis par Herbert H.L. HART comme les règles « *habilitant des individus à résoudre la question de savoir si, en des circonstances particulières, une règle primaire a été transgressée. [..E]lles permettent d'identifier les individus appelés à juger, de telles règles définiront également la procédure à suivre* », (*Le concept de droit, op. cit.*, p. 116).

¹⁶²⁹ Les pourvois formés par le Parlement européen, le Conseil et la Commission pour ce qui concerne l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie* (affaires jointes C-401/12P, C-402/12P et C-403/12P) et le Conseil et la Commission, pour ce qui concerne l'arrêt *Stichting Natuur en Milieu* (affaires jointes C-404/12P et C-405/12P) à l'encontre des arrêts du Tribunal ayant élargi la champ d'application de l'invocabilité *Nakajima* (TribUE, 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, préc. ; TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie*, préc.) témoignent des réserves des institutions quant au développement des hypothèses de dissociation du couple invocabilité/ effet direct. Les termes du pourvoi du Parlement européen illustrent bien l'hostilité des autorités normatives à l'invocabilité sans effet direct : « *Le Parlement considère que le Tribunal a violé le droit en considérant qu'il pouvait examiner la validité du Règlement (CE) n° 1367/2006 au regard de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus bien que cette disposition n'ait pas d'effet direct. Selon le Parlement, cette appréciation du Tribunal repose sur une interprétation fondamentalement erronée à la fois de la jurisprudence établie relative à la possibilité des particuliers de se prévaloir des dispositions d'une convention internationale en vue de contester la validité d'un acte de l'Union européenne et de la nature de la portée des obligations internationales en cause dans la présente affaire. Concrètement, le Tribunal a appliqué la jurisprudence résultant des arrêts "Fediol" et "Nakajima" mais a négligé le fait que cette jurisprudence - qui par ailleurs s'est limitée à ce jour à un nombre extrêmement restreint d'affaires - ne peut être appliquée qu'à titre exceptionnel et à des conditions très particulières* », (requête, 14 décembre 2012, *Parlement contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, C-402/12 P).

581. Il convient d'examiner comment la Cour de justice utilise certaines stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct comme normes de référence du contrôle de légalité des actes internes, en raison du caractère processuel des obligations qu'elles imposent (§ 1), ou de leur mise en œuvre par l'acte attaqué (§ 2).

§ 1. L'invocabilité du droit conventionnel porteur d'obligations processuelles : l'exemple du droit environnemental

582. Le droit processuel environnemental applicable dans l'ordre juridique de l'Union est marqué, singulièrement dans sa composante conventionnelle, par une certaine imprécision¹⁶³⁰. Cette imprécision le prive de l'inconditionnalité qui, en qualité de critère de l'effet direct, est nécessaire à l'invocabilité de la norme extranationale¹⁶³¹. Toutefois, le principe d'effectivité a permis la dynamisation des effets contentieux de ce droit procédural écrit devant le juge national.

583. Pour rappel, le principe d'effectivité encadre l'autonomie procédurale des États membres¹⁶³². Selon les termes du juge Mertens de Wilmar, les normes de l'Union européenne, bien que parées de la primauté et de l'effet direct par le contentieux de première génération¹⁶³³, arrivent « nues »¹⁶³⁴ devant les juridictions nationales, dans la mesure où leur application est alors assujettie à un droit procédural étatique qui n'a pas nécessairement été conçu pour « la solution de différends nés de l'application du droit communautaire »¹⁶³⁵. Un droit processuel de l'Union s'est alors développé, faisant de la sanction « un horizon

¹⁶³⁰ On pense notamment ici à l'importante marge d'appréciation laissée aux États et aux institutions de l'Union pour se conformer aux différentes prescriptions des articles 9 de la Convention d'Aarhus et 10 bis de la directive 85/337.

¹⁶³¹ Pour le droit interne de l'Union : CJCE, 19 janvier 1982, *Becker contre Finanzamt Münster-Innenstadt*, préc. ; pour le droit conventionnel de l'Union : CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc.

¹⁶³² Selon Guy ISAAC et Marc BLANQUET, le principe d'autonomie procédurale permet aux États membres de l'Union de garantir, conformément à leurs procédures propres, la garantie effective du droit de l'Union, (*Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, 2012, p. 444).

¹⁶³³ V. Denys SIMON, « Rapport général, les fondements de l'autonomie communautaire », in Jean-Claude GAUTRON, Loïc GRARD (dir.), *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, op. cit.*, pp. 207-250 (237-244).

¹⁶³⁴ Josse MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 391-408 (401).

¹⁶³⁵ Joël RIDEAU, « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *Sir.*, 1974, pp. 147-156 (156).

plausible »¹⁶³⁶ de la méconnaissance de la règle européenne, afin de garantir l'utilité de l'invocation du droit de l'Union devant le juge national. Ce n'est qu'« en l'absence de réglementation communautaire » procédurale¹⁶³⁷, que le principe d'effectivité oriente les règles de procédure régissant les recours en justice devant les juridictions des États membres, de manière à ne pas « rendre impossible ou excessivement difficile » l'exercice des droits que les particuliers retirent du droit de l'Union¹⁶³⁸. Le point de savoir si le principe d'effectivité est un principe général du droit n'est pas véritablement tranché¹⁶³⁹. Mais il est certain que celui-ci est un « principe général du contentieux communautaire national »¹⁶⁴⁰ dont la violation par le droit procédural étatique doit être sanctionnée par le juge. Le principe d'effectivité peut à cette fin être invoqué en qualité de norme de référence à la fois par les requérants privilégiés¹⁶⁴¹ et par les requérants ordinaires¹⁶⁴² pour contrôler la légalité des droits procéduraux étatiques.

¹⁶³⁶ Rostane MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, op. cit., p. 319.

¹⁶³⁷ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, préc., pt. 5.

¹⁶³⁸ Ce principe est quant à lui né du contentieux dit de deuxième génération. V. Josse MERTENS DE WILMAR, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *Cah. dr. eur.*, 1981, pp. 379-409 ; arrêt de principe : CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, préc., pt. 5 ; énonciation de la formule stabilisée pour désigner le principe d'effectivité : CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien contre SpA San Giorgio*, préc., pt. 12 ; association de cette norme au vocable de principe d'effectivité : CJCE, 10 juillet 1997, *Osalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, préc., pt. 43.

¹⁶³⁹ Les avis sont partagés à ce sujet. La plupart des manuels de droit de l'Union européenne ne le classifient pas parmi les principes généraux du droit. V. en ce sens les recensements effectués par messieurs Girerd et Caulet, (Pascal GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité », *R.T.D. eur.*, 2002, pp. 75-103 ; François CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *R.T.D. eur.*, 2012, p. 594-45 (éd. num.)). Denys Simon et Takis Tridimas ont au contraire lu dans la jurisprudence les indices d'une accession du principe d'effectivité au rang de principe général du droit, (Denys SIMON, « Observations sur l'arrêt Pflücke », *Europe*, 2003, n° 342 ; Takis TRIDIMAS, *The General principles of EU law*, op. cit., p. 418).

¹⁶⁴⁰ Claude BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *J.C.P. G*, 2007, n°30, pp. 13-22 (18).

¹⁶⁴¹ Dans l'affaire *Commission contre Italie*, la Cour donne droit aux allégations de la Commission en sanctionnant la méconnaissance du principe d'effectivité par le droit procédural italien. Elle juge ainsi qu'« [e]n ne modifiant pas l'article 29, paragraphe 2, de la loi n° 428, du 29 décembre 1990, [...] qui est interprété et appliqué par l'administration et une part significative des juridictions, y compris la Corte suprema di cassazione (Italie), d'une manière telle que l'exercice du droit au remboursement de taxes perçues en violation de règles communautaires est rendu excessivement difficile pour le contribuable, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CE », CJCE, ass. plén., 9 décembre 2003, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, C-129/00, *Rec.* p. 14637, pt. 41.

¹⁶⁴² Dans l'affaire *Marks and Spencer*, la chambre civile de la Cour d'appel d'Angleterre relaie l'allégation de la firme britannique selon laquelle la législation procédurale anglaise serait en contradiction avec le principe d'effectivité dans le domaine de la répétition de l'indu. Il est ainsi demandé à la Cour de justice de se prononcer sur le point de savoir s'il est « compatible avec le principe de l'effectivité des droits qu'un assujetti tire de l'article 11, A [de la directive sur la taxation sur les chiffres d'affaire] d'appliquer une législation qui supprime

584. Le droit processuel écrit de l'environnement est principalement composé de l'article 9 de la Convention d'Aarhus¹⁶⁴³ et de l'article 10 bis de la Directive 85/337/CEE¹⁶⁴⁴. Cette stipulation constitue le troisième pilier de la Convention d'Aarhus relatif à l'accès à la justice en matière environnementale et garantit l'effectivité des droits et intérêts environnementaux par elle protégés. À défaut d'invocabilité, l'article 9 de la Convention d'Aarhus n'a longtemps pas constitué un paramètre de la légalité des droits procéduraux étatiques¹⁶⁴⁵. Sa justiciabilité a cependant été promue sous l'impulsion du principe d'effectivité¹⁶⁴⁶. Ce principe a en effet conduit la Cour à admettre l'invocabilité de stipulations de la Convention d'Aarhus et ce, à rebours de sa jurisprudence constante liant l'invocabilité du droit conventionnel à l'effet direct.

585. La comparaison du principe d'effectivité et de l'article 9 de la Convention d'Aarhus relatif à l'accès à la justice environnementale permet de constater une forme d'équivalence normative. Cette équivalence normative signifie que les normes portées par ces deux actes distincts – le principe d'effectivité et l'article 9 de la Convention d'Aarhus – sont analogues. Les solutions adoptées par la Cour de justice ne varient pas selon qu'elle entend donner effet à la première ou à la seconde de ces normes (A). Et c'est précisément cette équivalence qui a permis la promotion de l'invocabilité de certaines stipulations de la Convention d'Aarhus qui étaient pourtant dépourvues d'effet direct (B).

avec effet rétroactif un droit, conféré par le droit national, de demander le remboursement des sommes versées au titre de la TVA plus de trois ans avant l'introduction de la demande», CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer plc contre Commissioners of Customs & Excise*, C-62/00, *Rec.* p. I-6325.

¹⁶⁴³ Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JOCE*, L 124, 17 mai 2005, p. 4.

¹⁶⁴⁴ Directive du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 85/337/CEE, préc. L'article 10 bis a en effet été amendé à l'occasion de la révision de la Directive 85/337/CEE, par la Directive 2003/35/CE, ayant pour objet d'incorporer la Convention d'Aarhus. (Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil - Déclaration de la Commission, *JOCE*, L 156, 25 juin 2003, pp. 17-25).

¹⁶⁴⁵ Pour un exemple récent, V. CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc.

¹⁶⁴⁶ En sens inverse, le principe d'effectivité est devenu, sous l'influence de la Convention d'Aarhus, une nouvelle base juridique du droit au juge dans le contentieux de la contestation des actes juridiques ayant une incidence environnementale, V. à ce sujet, Jean Félix DELILE, « Les interactions entre principe d'effectivité et droit procédural écrit de l'Union : *virtus unita fortior* », *Ann. dr. eur.*, 2012, pp. 187-214 (197-203).

A. Identification de l'équivalence normative du principe d'effectivité et des obligations processuelles de la Convention d'Aarhus

586. Concernant l'équivalence normative, le constat est simple : les obligations procédurales définies par l'article 9 de la Convention d'Aarhus ont la singularité de se confondre avec les exigences procédant du principe d'effectivité. Julien Bétaille observe à ce propos que, dans cette Convention, « *la reconnaissance de l'importance de l'accès à la justice est clairement tournée vers l'effectivité de la norme* »¹⁶⁴⁷. Plus précisément, l'effectivité de certains droits substantiels et intérêts collectifs portés par la Convention d'Aarhus, comme par exemple le droit à l'information¹⁶⁴⁸ et à la participation du public¹⁶⁴⁹ au cours du processus décisionnel environnemental, est conditionnée par l'accès à la justice environnementale¹⁶⁵⁰. Autrement dit, le droit à la participation du public au processus décisionnel environnemental serait privé de son effet utile si aucune sanction de sa violation n'était permise par le droit procédural national, contrairement à ce qu'exige l'article 9 de la Convention d'Aarhus. L'équivalence normative de cette stipulation et du principe d'effectivité apparaît alors clairement, dans la mesure où ce principe serait également mis en cause par une telle lacune procédurale.

587. Les droits substantiels environnementaux, accessoires des droits processuels garantis par le principe d'effectivité et l'article 9 de la Convention d'Aarhus portent sur le même objet : la protection de l'intérêt général à vivre dans un environnement sain (1). Et les droits processuels garantis par ces normes sont de contenu équivalent (2).

¹⁶⁴⁷ Julien BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, op. cit., 2012, p. 529.

¹⁶⁴⁸ Articles 4 et 5 de la Convention d'Aarhus.

¹⁶⁴⁹ Articles 6, 7 et 8 de la Convention d'Aarhus.

¹⁶⁵⁰ Le guide d'application de la Convention d'Aarhus indique en ce sens que « *l'accès à la justice au sens de la Convention se rapporte avant tout aux dispositions de l'article 4 relatif à l'accès à l'information et à celles de l'article 6 concernant la participation du public au processus décisionnel* », COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE, *Convention d'Aarhus : guide d'application*, Genève, publication des Nations Unies, 2000, p. 159.

1) L'intérêt général environnemental communément protégé par les droits processuels portés par la Convention d'Aarhus et le principe d'effectivité

588. La Cour s'est livrée à une translation normative de la Convention d'Aarhus vers le principe d'effectivité afin de dégager son applicabilité aux hypothèses d'affectation de l'intérêt général à la défense de l'environnement, alors que ce principe n'encadre traditionnellement le droit procédural des États membres que dans les cas où une personne est affectée dans l'un de ses droits. La translation normative signifie la projection par le juge d'une norme portée par un acte, ici le droit procédural écrit, au sein d'un autre acte, là le principe d'effectivité. Dans la mesure où la Cour de justice a toujours cherché à marquer l'autonomie des deux grandes sources du droit processuel de l'Union, ne donnant effet au principe d'effectivité qu'« *en l'absence de réglementation communautaire* »¹⁶⁵¹, cette incidence du droit procédural écrit sur la portée du principe d'effectivité ne laisse pas de surprendre.

589. Le principe d'effectivité peut désormais être invoqué au soutien de l'article 9 de la Convention d'Aarhus, règle procédurale défendant des intérêts collectifs environnementaux (et non des droits individuels) aux fins d'obtenir l'annulation de règles nationales entravant leur réalisation. En effet, l'article 9 de la Convention d'Aarhus ne limite pas le droit d'accès au juge aux requérants faisant état de la lésion de l'un de leurs droits. La finalité du principe d'effectivité se déporte par conséquent de la garantie des droits à la sauvegarde d'un intérêt général défendu par le droit de l'Union. L'avocat général Kokott met en évidence cette propriété de l'article 9 en ses conclusions sur l'affaire *Edwards* : « *dans le domaine de l'environnement, la protection juridictionnelle ne sert pas uniquement, en règle générale, les intérêts individuels des requérants, mais également, voire uniquement, l'intérêt général.* [...] *La convention d'Aarhus vise ce double intérêt.* [...] *La convention poursuit [...] le souhait que le public, y compris les organisations, ait accès à des mécanismes judiciaires efficaces, afin que ses intérêts légitimes soient protégés et que la loi soit respectée* »¹⁶⁵².

590. Justifier d'un intérêt lésé devient alors suffisant pour mobiliser l'application combinée du principe d'effectivité et de la Convention d'Aarhus. Il s'ensuit que l'exigence d'effectivité,

¹⁶⁵¹ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, préc., pt. 5.

¹⁶⁵² Souligné par Julianne KOKOTT, 18 octobre 2012, conclusions sur CJUE, *David Edwards e.a. contre Environment Agency*, C-260/11, pt. 41.

qui pèse sur les droits procéduraux nationaux, ne se limite plus à la garantie des droits subjectifs, elle s'étend à la protection des intérêts ne revêtant pas une telle qualité. La Cour de justice invite à une lecture extensive de la notion « *d'atteinte à un droit* » figurant dans la Convention d'Aarhus et la Directive 85/337 pour y intégrer « *la possibilité de faire contrôler le respect des normes issues de ce droit, lesquelles sont, le plus souvent, tournées vers l'intérêt général* »¹⁶⁵³. La juridiction de l'Union en déduit qu'« *il serait contraire à l'objectif d'assurer au public concerné un large accès à la justice, d'une part, ainsi qu'au principe d'effectivité, d'autre part, que lesdites associations [de protection de l'environnement] ne puissent également faire valoir l'atteinte à des normes issues du droit de l'Union de l'environnement au seul motif que celles-ci protègent des intérêts collectifs* »¹⁶⁵⁴. L'interprétation délivrée par la Cour du droit procédural écrit assigne de cette manière au principe d'effectivité – qui est lui-même interprété à la lumière de ce droit procédural écrit¹⁶⁵⁵ – une nouvelle finalité : la protection de l'intérêt général à un environnement sain. Voici donc une mutation du principe d'effectivité qui, à tout le moins dans le domaine environnemental, peut être entendue comme une prohibition adressée aux États membres d'organiser leur droit procédural de manière à rendre en pratique impossible la protection d'un intérêt général défendu par l'ordre juridique de l'Union européenne.

¹⁶⁵³ CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pt. 46.

¹⁶⁵⁴ CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pt. 47. Nous soulignons.

¹⁶⁵⁵ Koen LENAERTS observe que « *in the fields covered by EU environmental law, the principle of effective judicial protection must be interpreted in accordance with Aarhus Convention. If national rules on standing do not comply with Article 9 (3) of that Convention, no effective judicial protection is awarded to the rights conferred by EU environmental law* », (« Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (63)) Traduction : « dans les domaines couverts par le droit unionaire de l'environnement, le principe de protection juridictionnelle effective doit être interprété en conformité avec la Convention d'Aarhus. Si les règles nationales relatives à la qualité pour agir ne sont pas conformes avec l'article 9, paragraphe 3 de cette Convention, aucune protection juridictionnelle n'est garantie à ces droits attribués par le droit de l'Union de l'environnement ». Cette analyse peut être reportée aux relations entre la Convention d'Aarhus et le principe d'effectivité.

2) L'équivalence des droits processuels garantis par la Convention d'Aarhus et le principe d'effectivité

591. Toute règle procédurale nationale susceptible d'entraver l'accès à la justice environnementale viole corrélativement le principe d'effectivité et la Convention d'Aarhus. Dans ses conclusions sur l'affaire *Djurgården-Lilla*¹⁶⁵⁶, l'avocat général Sharpston relevait que la garantie du principe d'effectivité implique le respect des prescriptions de l'article 9 de la Convention d'Aarhus. Elle estimait dès lors dispensable l'application formelle de cette dernière, dans la mesure où le principe d'effectivité garantit à un degré à tout le moins équivalent les droits et intérêts environnementaux. De son point de vue, dans un litige mettant en cause le droit à l'accès à la justice environnementale d'une organisation non gouvernementale, « le dénouement aurait été le même si une disposition telle que l'article 9 de la convention d'Aarhus ou l'article 10 bis de la directive 85/337, [...] n'existait pas. La Cour a dit pour droit, à de nombreuses reprises, que les États membres ne sont pas autorisés à arrêter des modalités procédurales qui rendent impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire¹⁶⁵⁷. La directive 85/337, qui instaure un système d'évaluation environnementale et qui confère des droits, verrait ses effets empêchés si le système procédural national ne garantissait pas l'accès aux tribunaux »¹⁶⁵⁸. La violation simultanée de la Convention d'Aarhus et du principe d'effectivité par une législation prohibant l'accès des associations de protection de l'environnement à la justice

¹⁶⁵⁶ CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening contre Stockholms kommun genom dess marknämnd*, préc.

¹⁶⁵⁷ La formule ici employée par l'avocat général fait directement référence au principe d'effectivité. Eleanor Sharpston effectue en outre un renvoi à l'arrêt *Van der Weerd*, à l'occasion duquel la Cour se positionnait très explicitement sur le terrain du principe d'effectivité, CJCE, 7 juin 2008, *J. van der Weerd e.a. contre Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-222 à 225/05, Rec. p. 4233, pt. 28.

¹⁶⁵⁸ Eleanor SHARPSTON, 2 juillet 2009, conclusions sur CJCE, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening contre Stockholms kommun genom dess marknämnd*, C-263/08, Rec. p. 9967, pt. 80 ; cette position est relayée par l'avocat général CRUZ-VILLALON lorsqu'il affirme que « les États membres disposent en effet en principe, du fait de leur autonomie procédurale, d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de l'article 10 bis de la directive EIE (et de l'article 9, paragraphe 2, de la convention d'Aarhus que celui-ci transpose). Dans cette mesure, ils peuvent régler eux-mêmes les modalités procédurales du recours prévu par cette disposition, sous réserve de respecter deux limites : premièrement, ces modalités ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et, deuxièmement, elles ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) » : Pedro CRUZ VILLALON, 20 juin 2013, conclusions sur CJUE, *Gemeinde Altrip Gebrüder, Hört GbR, Willi Schneider contre Land Rheinland-Pfalz*, C-72/12, pt. 83.

environnementale, ici alléguée par l'avocate générale Sharpston et déjà rencontrée dans l'arrêt *Naturschutz Deutschland*¹⁶⁵⁹, est une manifestation de l'assimilation de ces deux normes¹⁶⁶⁰.

592. Les États membres de l'Union dans lesquels l'accès au juge de la légalité est conditionné à la lésion d'un droit public subjectif se sont heurtés aux exigences du principe d'effectivité et du droit procédural écrit de l'Union européenne. Ainsi que l'a relevé l'avocat général Niilo Jääskinen, la Convention d'Aarhus « vise notamment à créer des droits procéduraux spéciaux au profit des organisations de protection de l'environnement afin de protéger, dans l'intérêt général, l'environnement entendu comme un bien commun »¹⁶⁶¹. L'Allemagne¹⁶⁶², mais aussi la Suède¹⁶⁶³ et la Slovénie¹⁶⁶⁴ doivent à ce titre procéder aux aménagements de leur droit procédural nécessaires pour permettre aux associations de protection de l'environnement de former des actions en justice. La Cour suprême slovène leur a d'ailleurs finalement conféré un droit d'action à ces associations suite à l'arrêt préjudiciel *VLK*¹⁶⁶⁵.

593. Mais au-delà, c'est également la doctrine du droit public subjectif comme condition de la qualité pour agir des individus qui est mise en cause. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Gebrüder*¹⁶⁶⁶, l'avocat général Cruz-Villalón appréhendait ainsi ces individus, au même titre que les associations de protection de l'environnement, comme des agents de la légalité environnementale lorsqu'il a soutenu qu'« il n'y a [...] aucun élément qui indique que les

¹⁶⁵⁹ CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc.

¹⁶⁶⁰ CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pt. 47.

¹⁶⁶¹ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 2.

¹⁶⁶² En droit administratif allemand, la méthode de la norme de protection tend à vérifier si la requête formée par le requérant devant le juge de la légalité des actes administratifs satisfait à la condition posée par l'article 42, alinéa 2 de la *Verwaltungsgerichtsordnung* (code de procédure administrative allemand) qui veut que « le recours n'est recevable que si le requérant fait valoir qu'il est lésé dans ses droits par l'acte administratif individuel en cause ou par le refus ou l'abstention de l'édicter ». Cette réticence de la pensée juridique allemande à la doctrine de l'intérêt factuel à agir est mise en évidence par les propos de Matthias RUFFERT, lorsqu'il écrit que « l'existence d'un droit subjectif ne dérive pas de la situation de fait, mais seulement des normes applicables à cette situation », (« Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloques organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., p. 151).

¹⁶⁶³ CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsörening contre Stockholms kommun genom dess marknämnd*, préc.

¹⁶⁶⁴ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc.

¹⁶⁶⁵ Damian KRAWCZYK, « The Slovak Brown Bear Case: The ECJ hunts for jurisdiction and environmental plaintiffs gain the trophy », préc., p. 60.

¹⁶⁶⁶ CJUE, 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip Gebrüder, Hört GbR, Willi Schneider contre Land Rheinland-Pfalz*, C-72/12.

membres du public concerné seraient dans une position moins favorable que les associations de défense de l'environnement. Comme le montrent les dispositions précitées de la convention d'Aarhus, le citoyen devient à cet égard lui-même une instance chargée de faire respecter la législation en matière de protection de l'environnement »¹⁶⁶⁷. Il en a déduit une incompatibilité entre l'exigence de la lésion d'un droit public subjectif et les exigences de l'article 10 bis, auparavant assimilées à celles portées par l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus : « le droit national ne saurait soustraire les questions relatives à la légalité quant à la procédure au contrôle du juge dans le cas de recours provenant des membres du public concerné. Une telle situation ne serait pas conforme au principe d'effectivité et ne transposerait pas de manière satisfaisante, au regard du droit de l'Union, les exigences de l'article 10 bis de la directive EIE. Selon moi, une obligation de faire valoir la violation d'un droit subjectif ne saurait être maintenue dès lors qu'elle a pour effet [...] de soustraire au contrôle juridictionnel au titre de l'article 10 bis de la directive EIE des dispositions qui découlent du droit de l'Union et qui ont pour objet la protection de l'environnement »¹⁶⁶⁸.

594. La Cour de justice a en grande partie suivi les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz-Villalón. Elle a ainsi invité les juridictions allemandes à considérer les moyens tirés d'un vice de procédure comme étant de nature à constituer une atteinte à un droit public subjectif en jugeant que, conformément aux exigences de large accès à la justice défendu par la directive EIE et le principe d'effectivité, « le public concerné doit [...] pouvoir, par principe, invoquer tout vice de procédure à l'appui d'un recours en contestation de la légalité des décisions visées par ladite directive »¹⁶⁶⁹. Les juridictions allemandes sont ainsi tenues d'attribuer à l'intérêt des individus à la réalisation des objectifs de protection de l'environnement définis par le droit de l'Union la qualité d'un droit public subjectif. En revanche, la requête d'un justiciable alléguant son illégalité externe peut encore être jugée irrecevable dans l'hypothèse où la décision à incidence environnementale n'eut pas été différente sans le vice de procédure motivant la requête¹⁶⁷⁰. L'amplitude du champ

¹⁶⁶⁷ Pedro CRUZ VILLALÓN, conclusions sur CJUE, 20 juin 2013, *Gemeinde Altrip Gebrüder, Hört GbR, Willi Schneider contre Land Rheinland-Pfalz*, préc., pt. 98.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, pt. 99.

¹⁶⁶⁹ CJUE, 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip Gebrüder, Hört GbR, Willi Schneider contre Land Rheinland-Pfalz*, préc., pt. 48.

¹⁶⁷⁰ La Cour juge ainsi que « l'instance juridictionnelle ou l'organe visés à cet article [10 bis de la directive EIE] sont en mesure de considérer, sans faire peser aucunement la charge de la preuve à cet égard sur le demandeur, mais au vu [...] des éléments de preuve fournis par le maître de l'ouvrage ou les autorités compétentes, et plus

d'application matériel du principe d'effectivité, de la Convention d'Aarhus et de la directive EIE a donc d'importantes incidences sur les droits processuels des États membres. Cette violation conjonctive du principe d'effectivité et de la Convention d'Aarhus par la doctrine du droit public subjectif, telle qu'appliquée par les juridictions allemandes dans le domaine environnemental, met en évidence l'équivalence normative de ces deux sources du droit processuel de l'Union européenne.

595. Plus récemment, la Cour mettait encore en évidence cette équivalence normative dans l'affaire *Edwards* en affirmant que, « l'exigence de "coût non prohibitif" » posée par l'article 9, paragraphe 4 de la Convention d'Aarhus « *participe, dans le domaine de l'environnement, du respect [...] du principe d'effectivité selon lequel les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union* »¹⁶⁷¹. Il ressort très clairement de ces trois espèces que les obligations nées de la Convention d'Aarhus se fondent dans le principe d'effectivité et réciproquement.

596. En définitive, les obligations portées par le principe d'effectivité et le troisième pilier de la Convention d'Aarhus, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, se confondent et se donnent pour finalité la garantie de la réalisation de droits et intérêts environnementaux identiques. La Convention d'Aarhus et le droit procédural prétorien de l'Union interagissent dans la jurisprudence de la Cour ; ils se renforcent mutuellement, ce qui accentue la contrainte que chacun fait peser sur le droit procédural des États membres¹⁶⁷². Comme le principe d'effectivité peut constituer un paramètre de la légalité du droit procédural national¹⁶⁷³, on ne saurait alors ignorer que la justiciabilité de l'article 9 de la Convention d'Aarhus a été stimulée par celui-ci. Aussi, n'est-il pas illégitime d'évoquer l'hypothèse suivante : lorsque la Cour admet l'article 9 au rang de norme de référence, elle

généralement de l'ensemble des pièces du dossier qui leur est soumis, que la décision contestée n'aurait pas été différente sans le vice de procédure invoqué par ce demandeur » : CJUE, 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip Gebrüder, Hört GbR, Willi Schneider contre Land Rheinland-Pfalz*, préc., pt. 53.

¹⁶⁷¹ CJUE, 11 avril 2013, *David Edwards e.a. contre Environment Agency*, préc., pt. 33.

¹⁶⁷² Koen LENAERTS indique ainsi que « *in the field of environmental law, the principle of effective judicial protection and Article 9 (3) of Aarhus Convention are in a mutually reinforcing relationship* », (« Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresecau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (63)) ; V. également, Jean Félix DELILE, « Les interactions entre principe d'effectivité et droit procédural écrit de l'Union européenne : *virtus unita fortior* », *Ann. dr. eur.*, 2012, pp. 187-214).

¹⁶⁷³ CJCE, ass. plén., 9 décembre 2003, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, préc., pt. 41.

dissocie le couple invocabilité / effet direct dans l'optique de protéger dans le même temps l'intégrité du principe d'effectivité.

B. Conséquences de l'équivalence normative : l'invocabilité d'éviction de la Convention d'Aarhus

597. C'est à l'occasion de l'affaire *Boxus* que la Cour de justice a érigé l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus, pourtant dépourvu d'effet direct, au rang de norme de référence du contrôle de légalité¹⁶⁷⁴. Dans l'affaire *Naturschutz Deutschland*, la Cour de justice avait en effet jugé, en dépit des conclusions contraires de l'avocat général Sharpston¹⁶⁷⁵, que l'article 10 bis de la Directive 85/337/CEE était dénué d'effet direct en estimant que ce dernier « *laisse aux États membres une marge de manœuvre appréciable, tant pour déterminer ce qui constitue une atteinte à un droit que pour fixer, notamment, les conditions de recevabilité des recours et les organes devant lesquels ils doivent être exercés* »¹⁶⁷⁶. Or, l'article 10 bis de la Directive EIE, relatif à l'accès à la justice des publics concernés par des projets ayant un impact environnemental, est le pendant unionnaire de l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus¹⁶⁷⁷. Un syllogisme élémentaire permet de conclure que cette stipulation conventionnelle ne produit pas d'effet direct. Dans l'affaire *Boxus*, on pouvait donc penser que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus par les autorités belges serait écarté en raison de son défaut d'invocabilité par la juridiction de l'Union. Pourtant, l'action combinée de la

¹⁶⁷⁴ CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.

¹⁶⁷⁵ Elaeonor SHARPSTON, 16 décembre 2010, conclusions sur CJUE, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pt. 94.

¹⁶⁷⁶ CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pt. 55. Il convient de préciser que la Cour de justice réserve un sort différencié aux deux dernières phrases de l'article 10 bis, elle juge ainsi qu'« *il n'en va toutefois pas de même des dispositions des deux dernières phrases du troisième alinéa de cet article [qui] fixent des règles précises et qui ne sont pas soumises à d'autres conditions* ». Lesdites phrases sont relatives au droit inconditionnel des organisations non gouvernementales de contester les actes susceptibles d'avoir un impact environnemental. Celui-ci n'étant pas invoqué dans les affaires *Boxus* et *Marie Noëlle Solvay*, cette réserve n'a pas d'incidence sur les analyses sus développées; CJCE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen contre Bezirksregierung Arnsberg*, préc., pts 56-57.

¹⁶⁷⁷ La Cour observe ainsi dans l'arrêt *Lesoochranárske* que « *Les articles 3, point 7, et 4, point 4, de la directive 2003/35 introduisent respectivement un article 10 bis dans la directive 85/337 et un article 15 bis dans la directive 96/61, en vue de mettre en œuvre l'article 9, paragraphe 2, de la convention d'Aarhus, dont ils reprennent presque à l'identique les stipulations* », CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 14.

formulation de la question préjudicielle (1), et de l'effet d'attraction du principe d'effectivité (2) a bel et bien permis de dégager l'invocabilité d'éviction de cette stipulation.

1) La prise en considération de la formulation de la question préjudicielle

598. La formulation de la question posée par la juridiction belge de renvoi n'a pas été sans influence sur le choix opéré par la Cour d'attribuer une invocabilité d'éviction à l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus, qui est pourtant dépourvu d'effet direct. Concrètement, le juge *a quo* a interrogé la juridiction de l'Union sur la régularité de la législation nationale, sans pour autant l'appeler à apprécier l'effet direct de cette stipulation à l'aune de laquelle sera appréciée sa légalité. La comparaison du traitement de la question de l'invocabilité de l'article 9 de la Convention d'Aarhus dans les affaires *Lesoochranárske* et *Boxus* atteste de cette prise en considération des termes de la question préjudicielle.

599. Dans la première, une juridiction slovène demandait à la Cour de se prononcer sur l'effet direct de l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus, avant de procéder à l'examen de la conventionnalité du dispositif national contesté. Selon les requérants, les associations de protection de l'environnement ne se voyaient pas offrir un accès suffisant aux procédures environnementales par la législation slovène. En réponse, la Cour de justice s'est bornée à tirer les conséquences du défaut d'effet direct de l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus, en ne contrôlant pas la conformité du droit procédural slovène à ses prescriptions¹⁶⁷⁸. Dans la seconde, la Cour de justice fut appelée, successivement par le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle belge, à juger de la compatibilité de la ratification par un décret législatif d'un permis de construire – portant sur divers travaux liés à l'agrandissement de l'aéroport Charleroi –, avec l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus¹⁶⁷⁹. Les requérants se heurtaient en l'espèce à un angle mort du droit procédural

¹⁶⁷⁸ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 44 ; il convient cependant de relever que les implications de l'invocabilité d'interprétation – reconnue par la Cour à l'article 9, paragraphe 3 – sont particulièrement conséquentes. Denys SIMON observe ainsi que sa « motivation met la barre très haut pour la juridiction de renvoi, qui est fortement invitée, en dépit de l'absence d'effet direct de la stipulation de la Convention d'Aarhus, d'admettre son invocabilité, au moins afin de mettre l'association requérante au principal, en situation de faire valoir ses droits de contester une décision administrative alors qu'elle ne dispose pas de *locus standi* en droit interne », (« Effet direct », *Europe*, mai 2011, p. 6). Pour une analyse exhaustive de l'invocabilité d'interprétation conforme, V. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 1.

¹⁶⁷⁹ L'État belge soutenait qu'il n'y avait pas lieu de procéder à un tel contrôle de conventionnalité, arguant que la loi n'entraîne pas dans le champ d'application de la Convention d'Aarhus. La Cour de justice jugea ce moyen

belge qui confère aux lois de validation émises par le Parlement une immunité juridictionnelle à l'égard du droit conventionnel. De fait, les juridictions ordinaires n'ont pas compétence pour statuer sur la validité de ces actes législatifs, tandis que la Cour constitutionnelle ne peut se prononcer sur la conventionnalité des lois¹⁶⁸⁰. Les juges *a quo* ont alors pris soin de ne pas interroger la Cour sur l'effet direct de l'article 9, paragraphe 2, pour éviter à la Cour de se perdre dans l'écueil *Lesoochranárske*. La juridiction de l'Union accepta dans ces conditions de se prononcer sur le conflit de normes¹⁶⁸¹. La formulation de la question préjudicielle posée par le juge national exerce donc une influence certaine sur le régime de l'invocabilité de l'accord international sollicité par les requérants. Le soutien exercé par l'équivalence normative du principe d'effectivité et de l'article 9 de la Convention d'Aarhus a également participé à émanciper son invocabilité de l'effet direct.

2) L'invocabilité d'éviction de l'article 9, paragraphe 2 induite par le principe d'effectivité

600. Dans l'affaire *Boxus*, la Cour n'a pas opposé un défaut d'invocabilité à l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus et a jugé qu'en vertu de celle-ci, le décret contesté « doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle, selon les règles nationales de procédure, par une

mal fondé. Deux conditions doivent ainsi être satisfaites pour qu'un acte législatif soit exclu de leur champ d'application. En premier lieu, un critère rédactionnel vient imposer que « le projet doit [...] être adopté en détail [...], de sorte que l'acte législatif adoptant celui-ci doit comporter [...], après leur prise en compte par le législateur, tous les éléments du projet pertinents au regard des incidences sur l'environnement ». En second lieu, la Cour a exigé que le législateur ait à sa disposition « au moment de l'adoption du projet, une information suffisante [fournie] par le maître d'ouvrage ». La juridiction de l'Union a estimé que ces conditions n'étaient pas satisfaites et a jugé par conséquent que ladite loi entrerait dans le champ d'application de la Convention d'Aarhus. CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc., pts. 39 et 43 ; CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay contre Région Wallonne*, préc., pt. 45.

¹⁶⁸⁰ Eleanor SHARPSTON, 19 mai 2011, conclusions sur CJUE, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc., pt. 97.

¹⁶⁸¹ Une différence avec le renvoi préjudiciel en appréciation de validité est ici manifeste. Lorsqu'est contestée par voie préjudicielle la conventionnalité d'un acte de l'Union, la Cour de justice relève d'office le défaut d'effet direct de la stipulation invoquée, même si elle n'est pas appelée à se prononcer sur cette question d'interprétation. On ne peut que déplorer une telle dissymétrie de traitement de la source conventionnelle. V. par exemple : CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, Rec. p. I-7723 ; CJCE, 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc. ; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc. ; CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc.

juridiction ou par un organe indépendant et impartial établi par la loi »¹⁶⁸². Constatant l'inexistence en droit belge de mécanismes d'examen de la légalité quant au fond et à la procédure du décret attaqué, la juridiction de l'Union a estimé que ce dernier « doit alors être considéré comme incompatible avec les exigences découlant de l'article 9 ». En conséquence, le Conseil d'État belge fut appelé « à laisser inappliqué »¹⁶⁸³ le dispositif litigieux. La juridiction de l'Union a invité le juge *a quo* à écarter l'application d'une législation étatique privant d'effet utile l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus, en dépit de son défaut d'effet direct. Ce faisant, elle a implicitement remis en cause sa jurisprudence *Demirel*¹⁶⁸⁴ qui conditionne avec constance l'examen de la validité des droits étatique et de l'Union à l'effet direct de la stipulation conventionnelle invoquée. Ce principe a pourtant depuis été confirmé aussi bien dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation¹⁶⁸⁵, que dans celui du renvoi préjudiciel en appréciation de validité¹⁶⁸⁶.

601. Cet écart à la théorie classique de l'invocabilité du droit conventionnel indique en réalité que lorsque la Cour enjoint à la juridiction de renvoi de laisser inappliquée la loi de validation contestée, elle entend subséquemment préserver l'intégrité du principe d'effectivité des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union¹⁶⁸⁷. En l'espèce, accorder l'invocabilité à l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus, pour conclure à l'invalidité de la législation belge, était le seul moyen de garantir le respect du principe d'effectivité appliqué à son article 6. Ce principe appelait en effet la vérification des conditions de participation du public au processus de décision ayant une incidence environnementale dont les requérants alléguaient l'insuffisance. Mais, dès lors que ledit principe n'avait pas été invoqué en l'espèce, l'application d'un acte porteur d'une norme équivalente, l'article 9 de la Convention d'Aarhus, était un moyen adéquat pour garantir le respect de ses prescriptions matérielles. L'importance majeure qu'accorde la Cour à la réalisation du principe d'effectivité n'est pas ici sans lien avec cette mise en cause, certes

¹⁶⁸² CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc., pt. 54.

¹⁶⁸³ CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc., pt. 56 ; CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay contre Région Wallonne*, préc., pt. 51.

¹⁶⁸⁴ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc.

¹⁶⁸⁵ CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc.

¹⁶⁸⁶ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc.

¹⁶⁸⁷ CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc., pts. 52-53, et le dispositif ; CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay contre Région Wallonne*, préc., pts. 47-48.

implicite et silencieuse, mais néanmoins indiscutable, de la subordination de l'invocabilité du droit conventionnel à son effet direct. L'arrêt *Boxus et Roua* a ainsi cela de remarquable qu'il consacre, à l'appui du principe d'effectivité, une hypothèse résiduelle d'invocabilité d'éviction des stipulations conventionnelles¹⁶⁸⁸. En outre, opposer un défaut d'effet direct à l'article 9 de la Convention d'Aarhus aurait été d'autant plus malvenu que cela aurait nui à son efficacité dans l'ordre juridique belge, dans la mesure où ses organes juridictionnels lui avaient antérieurement accordé un tel effet¹⁶⁸⁹.

602. Le principe d'effectivité a joué un rôle moteur dans la promotion de l'invocabilité du droit procédural écrit de l'Union, d'origines interne et internationale. Une telle évolution de la jurisprudence de la Cour revêt une importance certaine en ce qu'elle pourrait porter les germes d'un assouplissement du régime de l'invocabilité du droit conventionnel. Toutefois, en sa qualité de principe d'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union, le principe d'effectivité ne s'applique pas à l'office de la Cour de justice¹⁶⁹⁰. Cette inapplicabilité est regrettable car l'invocabilité de la Convention d'Aarhus bénéficie de son association au principe d'effectivité. Or, les conditions de recevabilité du recours en annulation héritées de la jurisprudence *Plaumann*¹⁶⁹¹, même assouplies par la clause *Jégo-Quéré* instituée par le Traité de Lisbonne¹⁶⁹², apparaissent difficilement conciliables avec les

¹⁶⁸⁸ Hélène GAUDIN situe au contraire le raisonnement du juge sur le terrain de l'interprétation conforme, (« Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (2011) », *R.D.P.*, 2012, n° 5, pp. 1459-1483 (1482) ; « Chronique de jurisprudence – droit général de l'Union européenne (2008-2012) », *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 759-836 (808)). Le motif de cette divergence d'analyse tient en ce que, de notre point de vue, c'est précisément lorsque la Cour de justice estime l'interprétation conforme impossible, et commande conséquemment l'inapplication du produit juridique étatique, qu'elle glisse sur le terrain de l'invocabilité d'éviction. En l'espèce, il était impossible d'interpréter le droit procédural belge d'une manière qui soit conforme aux prescriptions de l'article 9 de la Convention d'Aarhus. Si bien que le juge *a quo* était appelé à donner un effet d'éviction à cette stipulation, en laissant inappliquée la règle procédurale nationale litigieuse.

¹⁶⁸⁹ Cette entorse à la jurisprudence *Bresciani* pourrait en effet trouver un autre soutien en l'arrêt *Association Ardennes Liégeoises* du Conseil d'État belge, à l'occasion duquel fut consacré l'effet direct de l'article 9, paragraphe 2 de la Convention d'Aarhus, (CE belge, 8 août 2006, *Association sans buts lucratifs Ardennes liégeoises contre Région Wallonne*, n°161727). La reconnaissance par le Conseil d'État belge de la protection de l'environnement comme affaire d'intérêt général n'est sûrement pas étrangère à ce traitement privilégié accordé au droit extranational de l'environnement, (CE belge, 11 septembre 1981, *ASBL Werkgroep voor milieubeheer brasschaat contre Région flamande*, n°21384, pt. 2.1). En prenant en considération la jurisprudence belge pour définir sa position sur la question de l'invocabilité de la Convention d'Aarhus, la Cour de justice évite la création d'une justiciabilité à géométrie variable de son article 9 selon que soit attaqué devant le juge national un acte juridique entrant dans le champ d'application du droit de l'Union ou du droit belge.

¹⁶⁹⁰ Rappelons à cet égard que le principe d'effectivité n'est pas un principe général du droit et ne s'impose pas en conséquence aux institutions de l'Union.

¹⁶⁹¹ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co contre Commission européenne*, préc. Pour une brève analyse des conditions d'accès au juge de la légalité des actes de l'Union posées par les jurisprudences *Plaumann* et *Inuit*, V. *supra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A.

¹⁶⁹² Johan GUIORGUEFF, « Les règles de recevabilité concernant les actions des particuliers et la Convention d'Aarhus : entre inflexibilité et faveur du juge de l'Union européenne à l'égard du droit international de

exigences de la Convention d'Aarhus en matière d'accès à la justice¹⁶⁹³. Il convient toutefois de noter que, selon l'avocat général Jääskinen, la mise en conformité du droit processuel de l'Union avec les exigences de l'article 9 de la Convention d'Aarhus ne nécessite pas un abandon de la jurisprudence *Plaumann*¹⁶⁹⁴, mais la création d'une *lex specialis* régissant les conditions d'accès au juge communautaire de la légalité dans le domaine environnemental. Il relève ainsi que, dans l'affaire *Vereniging Milieudéfensie*, à l'occasion de laquelle la conformité des conditions d'accès au juge de la légalité de l'Union à la Convention d'Aarhus était contestée, la question de droit « *ne concerne pas les conditions générales d'accès à la justice au sens de l'article 263 TFUE dans le domaine du droit de l'environnement, mais vise à analyser si le législateur a complété les voies de recours au regard des exigences de la Convention d'Aarhus* »¹⁶⁹⁵, en permettant la contestation des actes juridiques de portée générale à incidence environnementale. Mais à défaut d'effet direct, ces entorses à la réalisation des exigences de la Convention d'Aarhus ne peuvent pas être sanctionnées, car le principe d'effectivité, opposable aux seuls États membres, ne peut jouer son rôle de dynamisation de l'invocabilité dans le contentieux unionnaire de l'annulation. À terme, il n'est toutefois pas exclu que l'invocabilité de la Convention d'Aarhus puisse être dynamisée par la sollicitation parallèle du droit à la protection juridictionnelle effective, porteur d'obligations équivalentes au principe d'effectivité¹⁶⁹⁶ et principe général du droit applicable dans le

l'environnement », *Rev. Aff. Eur.*, 2013, pp. 629-642 (634 et 640) ; V. aussi Marc PALLEMAERTS, « Access to Environmental Justice at EU Level : has the "Aarhus Regulation" improved the Situation? », in Marc PALLEMAERTS (dir.), *The Aarhus Convention at ten*, Groningen, Europa, 2011, pp. 271-312 (311).

¹⁶⁹³ Dans sa thèse de doctorat, Paul CASSIA mettait déjà en évidence les incompatibilités entre le libéralisme de l'accès au juge défendu par la Convention d'Aarhus et les rigueurs des conditions d'accès des personnes physiques et morales au recours en annulation communautaire. (*L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, op. cit., pp. 984-991). Rappelons qu'au terme du règlement 1367/2006, seuls les actes à incidence environnementale de portée individuelle sont susceptibles d'être réexaminés par la Commission puis contestés devant le Tribunal. V. Laurent COUTRON, « Révolution dans le contentieux de l'environnement : feu la jurisprudence *Plaumann* ! », préc. ; le Comité chargé d'examiner le respect de la Convention d'Aarhus affirme de son côté que « *the consequence of applying the Plaumann test to environmental and health issues is that in effect no member of the public is ever able to challenge a decision or a regulation in such case before the ECJ* », (*Findings and Recommendations of the Compliance Committee with regard to Communication ACCC2008/32 (Part I) concerning compliance by the European Union*, adopté le 14 avril 2011 et publié le 27 avril 2011, pt. 86). Traduction : « la conséquence de l'application du test *Plaumann* aux actions initiées dans les domaines environnemental et sanitaire est que, de fait, aucun membre du public n'est en capacité de contester une décision ou un règlement dans une telle affaire devant la Cour de justice ».

¹⁶⁹⁴ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co contre Commission européenne*, préc.

¹⁶⁹⁵ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 97.

¹⁶⁹⁶ CJUE, 18 mars 2010, *ROsalba Alassini e.a. contre Telecom Italia spa*, C-317-320/08, *Rec. p.* 2213, pt. 49

contentieux de l'annulation¹⁶⁹⁷. Cela permettrait d'aligner les exigences que la Cour imposerait aux institutions de l'Union sur le fondement de la Convention d'Aarhus sur l'« *approche très protectrice de l'effet utile et des objectifs de la Convention* » qu'elle a retenu « *au sujet des obligations de mise en œuvre incombant aux États membres* »¹⁶⁹⁸.

603. Pour l'instant, c'est seulement à la faveur d'une audacieuse application de la jurisprudence *Nakajima* que le Tribunal de l'Union européenne a récemment appliqué l'article 9 de la Convention d'Aarhus dans le cadre d'une exception d'illégalité soulevée à l'occasion d'un recours en annulation¹⁶⁹⁹. Ce n'était donc pas une propriété de la norme de référence, mais celle de la norme contrôlée qui a ouvert la possibilité aux personnes privées de solliciter l'application d'une stipulation conventionnelle dépourvue d'effet direct. Il convient alors d'examiner plus en détail cette forme d'invocabilité.

§ 2. L'invocabilité du droit conventionnel mis en œuvre par l'acte contrôlé

604. Le droit conventionnel sans effet direct bénéficie de l'invocabilité de mise en œuvre. Soucieuse de ne pas priver cette source du droit objectif de toute effectivité, la Cour de justice offre en effet aux justiciables la possibilité de faire état de l'existence de stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct aux fins de leur attacher des effets limités. Ces règles conventionnelles peuvent ainsi être érigées en paramètres de la légalité des actes les mettant en œuvre dans l'ordre interne, il s'agit des invocabilités *FEDIOL*¹⁷⁰⁰ et *Nakajima*¹⁷⁰¹.

605. Dans ces deux dernières hypothèses, la juridiction de l'Union reconnaît au requérant le droit de se prévaloir d'une règle conventionnelle dans le contrôle de légalité lorsque la norme contrôlée y renvoie expressément, ou l'exécute. Toutefois, l'invocabilité *FEDIOL* n'a plus fait l'objet d'applications jurisprudentielles depuis 1989 et semble être tombée en

¹⁶⁹⁷ Fabrice PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 907-920 (908).

¹⁶⁹⁸ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 132.

¹⁶⁹⁹ TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc. ; TribUE, 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, préc. Ces arrêts sont actuellement sur pourvoi des institutions de l'Union.

¹⁷⁰⁰ CJCE, 22 juin 1989, *Federation de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, préc.

¹⁷⁰¹ CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc.

désuétude¹⁷⁰² (A). L'invocabilité *Nakajima* vise de son côté à offrir aux justiciables le droit de se prévaloir de stipulations conventionnelles lorsque le législateur de l'Union a manifesté son intention de mettre en œuvre une obligation particulière créée par l'engagement international invoqué. Elle peut à ce titre être qualifiée de « doctrine de la mise en œuvre »¹⁷⁰³. Son application épisodique l'a soustraite, au contraire de la jurisprudence *FEDIOL*, au soupçon de l'accident jurisprudentiel (B).

A. Le recul de l'invocabilité *FEDIOL*

606. L'invocabilité *FEDIOL* a permis d'ériger le respect du GATT de 1947 en critère de la légalité des actes unionnaires procédant à son incorporation par renvoi, ainsi que des actes pris en application de ces derniers¹⁷⁰⁴. Cette invocabilité constitue une exception au principe dérivant de la jurisprudence *International fruit* selon lequel les justiciables de l'Union ne peuvent se prévaloir des accords GATT en qualité de norme de référence¹⁷⁰⁵. Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, l'invocabilité *FEDIOL* semble être tombée en désuétude. Cette disparition de l'invocabilité *FEDIOL* du paysage contentieux européen incombe en partie aux justiciables qui préfèrent se placer sur le terrain de l'invocabilité *Nakajima* lorsqu'ils attaquent les actes d'exécution du droit conventionnel¹⁷⁰⁶. Aussi, la juridiction de l'Union ne s'est plus fondée, depuis 1989, sur cette doctrine pour offrir aux justiciables le

¹⁷⁰² Cette exception est appliquée restrictivement, ce qui implique désormais qu'un simple renvoi ne suffit pas, il faut une manifestation claire de la volonté du législateur communautaire de se conformer à l'obligation internationale en question. V. RASS HOLDGAARD, *External relations law of the European community: legal reasoning and legal discourse*, op. cit., p. 315 ; il convient tout de même de mentionner l'analyse de l'arrêt *Petrotub* délivrée par Christine KADDOUS selon laquelle cet arrêt serait une « application de la jurisprudence *Fediol* », (« Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », in *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, op. cit., p. 112). Cet arrêt sera néanmoins ici envisagé comme un affermissement des conditions d'application de l'invocabilité *Nakajima*.

¹⁷⁰³ Cette formule est une traduction de l'expression « doctrine of implementation » employée par RASS HOLDGAARD, (*External relations law of the European community: legal reasoning and legal discourse*, op. cit., p. 319); pour d'autres usages de cette formule, V. PANOS KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, op. cit., p. 261 ; PIET EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., 2011, p. 316. La formule est traduite en français par l'avocat général Jääskinen sous le vocable de « principe d'implémentation », (Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 45).

¹⁷⁰⁴ CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de l'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, préc.

¹⁷⁰⁵ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc.

¹⁷⁰⁶ Mario MENDEZ, *The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, op. cit., p. 230.

droit de se prévaloir d'un accord international. La juridiction de l'Union rappelle toutefois l'existence de l'invocabilité *FEDIOL* avec une relative constance qui empêche de prétendre à son abandon¹⁷⁰⁷.

607. Dans l'affaire *FEDIOL*, la Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE contestait la légalité de la décision par laquelle la Commission avait rejeté sa demande tendant à l'ouverture d'une procédure d'examen à l'encontre de pratiques commerciales de l'Argentine en matière d'exportation de soja vers la Communauté, en se fondant sur l'article 3, paragraphe 5, du règlement n°2641/84 relatif à la défense contre les pratiques commerciales illicites¹⁷⁰⁸. Selon ce règlement, les accords GATT figurent parmi les instruments sur le fondement desquels les opérateurs économiques peuvent contester la licéité de pratiques commerciales leur portant préjudice. Ils n'étaient pourtant pas expressément visés par le règlement n°2641/84 dans la mesure où pouvaient être l'objet d'une plainte, aux termes de son article 2, paragraphe 2 « *toutes pratiques imputables à un pays tiers incompatibles, en matière de commerce international, soit avec le droit international, soit avec les règles généralement admises* ». Après avoir concédé à la Commission que les accords GATT ne figurent pas parmi les traités dont les justiciables peuvent se prévaloir en justice, la juridiction de l'Union a toutefois relevé que, dans la mesure où « *le règlement n°2641/84 confère aux opérateurs intéressés le droit de se prévaloir des dispositions du GATT dans la plainte qu'ils déposent devant la Commission, afin d'établir le caractère illicite des pratiques commerciales par lesquelles ils s'estiment lésés, ces mêmes opérateurs ont le droit de saisir la Cour en vue de soumettre à son contrôle la légalité de la décision de la Commission appliquant ces dispositions* »¹⁷⁰⁹. Autrement dit, dès lors que la décision de la Commission est prise sur le fondement des accords GATT, comme l'y habilitait le règlement n°2641/84, sa conformité auxdits accords peut être contrôlée par la Cour. Ce renvoi opéré par l'acte contrôlé au droit conventionnel constitue donc la première exception au principe de l'inaptitude des accords

¹⁷⁰⁷ CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc. ; CJCE, 12 mars 2002, *The queen contre Transport and the Regions Secretary of State for the environment, ex parte Omega Air Ltd et Omega Air Ltd, Aero engines Ireland Ltd and Omega aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority*, préc., pt. 94 ; CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 49.

¹⁷⁰⁸ Règlement (CEE) n°2641/84 du Conseil du 17 septembre 1984 relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites, *JOCE*, L 252, 20 septembre 1984, pp. 1-6.

¹⁷⁰⁹ CJCE, 22 juin 1989, *Federation de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, préc., pt. 22.

GATT à former un paramètre de la légalité des actes de l'Union appliqués par la juridiction de l'Union¹⁷¹⁰.

608. Cette invocabilité est empreinte d'une représentation dualiste des rapports de système, nettement perceptible dans les conclusions de l'avocat général Van Gerven qui soutenait qu'une « *disposition, qui ne sortit pas d'effet direct par elle-même, peut encore, à l'intérieur d'un ordre juridique déterminé, être convertie par une règle de cet ordre juridique, en une disposition dotée d'effet direct, c'est-à-dire en une règle pouvant être invoquée par des particuliers* »¹⁷¹¹. Cette logique résolument dualiste est entérinée par la Cour, dans la mesure où une mauvaise interprétation du GATT par la Commission implique non seulement une violation dudit accord, mais également du règlement de base qui s'approprie et réceptionne ses normes par la technique du renvoi¹⁷¹².

609. La Cour a par la suite affermi les critères d'applicabilité de l'invocabilité *FEDIOL* en exigeant que l'acte contrôlé « *renvoie expressément à des dispositions précises* »¹⁷¹³ du GATT 1994, pour que les justiciables aient le droit de se prévaloir des règles OMC. Une telle condition d'applicabilité réduit drastiquement les hypothèses d'application de la jurisprudence *FEDIOL*, car le législateur de l'Union n'est soumis à aucune obligation de se référer à l'accord international qu'il entend mettre en œuvre. L'avocat général Samuel Alber remarquait dans ses conclusions sur l'affaire *Omega Air* que « *l'obligation de motivation prescrite en droit communautaire ne saurait aller jusqu'à exposer la conformité de chaque*

¹⁷¹⁰ Frédéric SCHMIED observe que « *cette forme d'invocabilité n'est [...] pas sans rappeler certains mécanismes de mise en œuvre dans les États membres dualistes pour reconnaître l'invocabilité du droit de l'Union, en particulier du droit dérivé* ». L'auteur se réfère au *European Community Act* adopté par le Royaume Uni en 1972 qui introduisit en bloc en droit interne le droit communautaire passé, présent et à venir, (*Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres, op. cit.*, p. 442). Antonino SAGGIO constate également que l'invocabilité *Fédiol* « *semble s'insérer dans l'axe jurisprudentiel général sur l'absence de reconnaissance d'effet direct aux règles du GATT* » : conclusions du 25 février 1999 sur CJCE, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, préc., nbp. 20.

¹⁷¹¹ Walter VAN GERVEN, 7 mars 1989, conclusions sur CJCE, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) contre Commission des Communautés européennes*, 70/87, Rec. p. 1781, nbp 8.

¹⁷¹² Mario MENDEZ remarque en ce sens que « *Fediol is concerned with ensuring that a Regulation is being faithfully applied and thus that the Commission's determination of illicit practices does not remain unchecked. The consequences of holding that the Commission erroneously interpreted the GATT would result to a violation of the Regulation and thus, in principle, to the annulment of the Commission Decision adopted thereunder* », (*The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques, op. cit.*, p. 198). Traduction : « l'arrêt *Fediol* entend garantir qu'un règlement soit régulièrement appliqué et par conséquent que l'identification des pratiques illicites opérée par la Commission soit sujette à un contrôle. Les conséquences de l'interprétation éronnée du GATT par la Commission doivent engendrer une violation du règlement et ainsi, en principe, l'annulation de la décision adoptée par la Commission sur son fondement ».

¹⁷¹³ CJCE, 12 mars 2002, *The queen contre Transport and the Regions Secretary of State for the environment, ex parte Omega Air Ltd et Omega Air Ltd, Aero engines Ireland Ltd and Omega aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority*, préc., pt. 94 ; CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 49. Nous soulignons.

règle à ces normes internationales ou à justifier tout écart par rapport à celles-ci. Une telle justification contiendrait d'ailleurs en filigrane l'aveu d'une violation du droit international »¹⁷¹⁴. Frédéric Schmied a synthétisé les difficultés subséquentes d'application de la doctrine *FEDIOL*, observant que « l'obligation de motivation n'impose pas des exigences aussi strictes » de renvoi à la norme internationale réceptionnée, et que « la condition qui déclenche l'effet direct des accords dans l'hypothèse *FEDIOL* reste dépendante de la volonté du législateur, qui peut se dispenser d'indiquer qu'il met en œuvre une norme internationale pour éviter d'activer son invocabilité de substitution »¹⁷¹⁵. Cette rigidité accrue de la position de la Cour n'est probablement pas étrangère au recul de l'intérêt des justiciables pour l'invocabilité *FEDIOL*. Jusqu'à présent, la Cour n'a jamais estimé cette condition satisfaite et l'arrêt *FEDIOL* reste la seule affaire où la référence opérée par un acte unionnaire à un acte conventionnel dépourvu d'effet direct a permis l'exercice du contrôle de conventionnalité¹⁷¹⁶.

610. La doctrine *Nakajima* a davantage prospéré. Elle est en effet venue à de nombreuses reprises au secours de l'invocabilité des Codes antidumping du GATT et de l'OMC, ainsi qu'à certaines stipulations de la Convention d'Aarhus dépourvues d'effet direct.

B. La pérennisation de l'invocabilité *Nakajima*

611. Les arrêts *Vereniging Milieudéfensie* et *Stichting Natuur* du Tribunal de l'Union européenne¹⁷¹⁷ a récemment confirmé la pérennité de l'invocabilité *Nakajima* dans la jurisprudence de la juridiction de Luxembourg. Dans cette affaire, deux associations

¹⁷¹⁴ Samuel ALBER, 20 septembre 2001, conclusions sur CJCE, *The queen contre Transport and the Regions Secretary of State for the environment, ex parte Omega Air Ltd et Omega Air Ltd, Aero engines Ireland Ltd and Omega aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority*, préc., pt. 45.

¹⁷¹⁵ Frédéric SCHMIED, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, op. cit., pp. 386-387.

¹⁷¹⁶ Rass HOLDGAARD observe en ce sens que « *Fediol remains the only case in which an "express reference" to rules of international law has given rise to substantive analysis of the legality of internal Community measures in light of these rules* », (*External relations law of the European community: legal reasoning and legal discourse*, op. cit., p. 315). Traduction : « La jurisprudence *Fediol* reste la seule affaire dans laquelle la "référence explicite" à des règles de droit international a permis l'exercice d'un contrôle de la légalité d'actes communautaires internes à l'aune de ces règles ».

¹⁷¹⁷ TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc. Le Tribunal a rendu le même jour un arrêt dans l'affaire *Stichting Natuur en Milieu*, T-338/08. Les deux arrêts font l'objet de pourvois, du Parlement européen, du Conseil et de la Commission pour ce qui concerne l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie*, (affaires jointes C-401/12P, C-402/12P et C-403/12P) et du Conseil et de la Commission en ce qui concerne l'arrêt *Stichting Natuur en Milieu*, (affaires jointes C-404/12P et C-405/12P).

néerlandaises de protection de l'environnement contestaient devant le Tribunal de l'Union européenne la légalité d'une décision de la Commission rejetant, comme irrecevable, leur demande visant à ce que la Commission réexamine la décision par laquelle elle accorda au Royaume des Pays-Bas une dérogation temporaire aux obligations prévues par la directive 2008/50 concernant la qualité de l'air¹⁷¹⁸. Ce refus leur fut opposé au motif que leur demande de réexamen portait sur une mesure administrative de portée générale et non sur un acte individuel. Les requérantes excipèrent en conséquence l'illégalité de l'article 10, paragraphe 1, du règlement n° 1367/2006¹⁷¹⁹, lu en combinaison avec son article 2, qui, limitant l'obligation de réexamen des actes à incidence environnementale aux seuls actes individuels, méconnaît le droit d'accès à la justice procédant de l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus¹⁷²⁰. Le Tribunal de l'Union accueille ce moyen et annule la décision attaquée.

612. Tout d'abord, l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie* a permis de préciser les relations entretenues par l'invocabilité de mise en œuvre avec l'effet direct, question sur laquelle se divisait la doctrine. Certains de ses membres appréhendaient ainsi l'invocabilité de mise en œuvre comme une forme de justiciabilité palliative au défaut d'effet direct, ne trouvant à s'appliquer que dans l'hypothèse où le juge avait au préalable démontré l'inaptitude d'une stipulation conventionnelle à fonder un droit¹⁷²¹. D'autres y voyaient au contraire une forme pleinement autonome d'invocabilité, rendant sans objet l'examen de l'effet direct¹⁷²². L'application par le Tribunal de la jurisprudence *Nakajima* sans que n'ait été au préalable examiné l'effet direct de l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus permet de trancher cette controverse. De fait, l'absence de renvoi au considérant de l'arrêt

¹⁷¹⁸ Directive (CE) n°2008/50 du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008, concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe, *JOCE*, L 152, 11 juin 2008, pp. 1-44.

¹⁷¹⁹ Règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JOCE*, L 264, 25 septembre 2006, pp. 13-19.

¹⁷²⁰ L'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus stipule que « *chaque partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement* », : Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JOCE*, L 124, 17 mai 2005, p. 4.

¹⁷²¹ Fernando CASTILLO DE LA TORRE, « The status of GATT in EC law, revisited », *J.W.T.*, 1995, pp. 53-68 (61) ; Francis SNYDER, « The gatekeepers, the European Courts and WTO Law », *CML Rev.*, 2003, pp. 313-367 (343).

¹⁷²² Jan KLABBERS, « International Law and Community Law : The Law and Politics of Direct Effect », préc., p. 286 ; Geert ZONNEKEYN, « The ECJ's *Pertotub* judgement: towards a revival of the "Nakajima Doctrine" ? », préc., p. 254.

*Lesoochranárske*¹⁷²³ qui opposa un défaut d'effet direct à cette stipulation attestée de l'autonomie de l'invocabilité de mise en œuvre. En ne jugeant pas nécessaire de se référer à cette absence d'effet direct, le Tribunal s'attache à marquer implicitement l'indépendance de ces deux formes d'invocabilité.

613. Outre cette autonomisation de l'invocabilité de mise en œuvre, l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie* a donné un nouvel intérêt à l'invocabilité *Nakajima*, car en admettant la justiciabilité de la convention d'Aarhus, elle a tacitement étendu son champ d'application matériel à l'ensemble du droit conventionnel. Jusqu'alors présentée comme une solution d'espèce venant au secours de l'application juridictionnelle des seuls codes antidumping du GATT et de l'OMC¹⁷²⁴, son application à une convention multilatérale de protection de l'environnement consacre enfin la sujétion de tous les traités liant l'Union à l'invocabilité de mise en œuvre. L'arrêt *Vereniging Milieudéfensie* a supprimé les limitations passées du champ d'application *ratione materiae* de la jurisprudence *Nakajima*. En conséquence, et si la solution dégagée par le Tribunal venait à être confirmée sur pourvoi par la Cour, l'invocabilité de mise en œuvre présentera un intérêt certain pour les justiciables soucieux d'obtenir l'application des éléments conventionnels de la légalité en vigueur dans l'ordre juridique de l'Union. Son efficacité renforcée pourra être éprouvée dans l'ensemble des voies de droit occasionnant un contrôle de la légalité communautaire. Le recours en annulation¹⁷²⁵, le recours en indemnité¹⁷²⁶ et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité¹⁷²⁷ réservent en

¹⁷²³ CJCE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 45.

¹⁷²⁴ Koen LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », préc., p. 517 ; TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc. ; TribUE, 5 novembre 2013, *Rusal Armenal ZAO contre Conseil de l'Union européenne*, T-512/09.

¹⁷²⁵ Elle a été appliquée à plusieurs reprises sur saisines de requérants ordinaires: CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; TPICE, 27 janvier 2000, *Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) contre Commission des Communautés européennes*, T-256/97, *Rec.* p. II-101, com. Frédérique BERROD, *Europe*, 2000, n°3, pp. 9-10 ; CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, C-76/00, *Rec.* p. I-79, com. Geert ZONNEKEYN, « The ECJ's Petrotub judgement: towards a revival of the "Nakajima Doctrine" ? », *L.I.E.I.*, 2003, pp. 249-266 ; CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, préc. ; TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc. ; TribUE, 5 novembre 2013, *Rusal Armenal ZAO contre Conseil de l'Union européenne*, T-512/09, préc. L'applicabilité de la doctrine *Nakajima* aux saisines par les requérants privilégiés est également évoquée dans l'affaire *Portugal contre Conseil* : CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 49.

¹⁷²⁶ CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Biret International SA & Etablissements Biret SA et Cie SA contre Conseil de l'Union européenne*, C-93 et 94/02 P, *Rec.* p. I-10497 et p. I-10565 ; TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc.

¹⁷²⁷ CJCE, 13 décembre 2001, *Kloosterboer Roteerdam BV contre Natuurbeheer en Visserij Minister van Landbouw*, C-317/99, *Rec.* p. I-9863. Plus hypothétiquement, un renvoi préjudiciel en interprétation pourrait donner au juge de l'Union l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'un acte interne avec une stipulation

effet un accueil favorable à la doctrine de la mise en œuvre. Le champ d'application élargi de l'invocabilité *Nakajima* devrait mécaniquement intensifier la sollicitation du droit conventionnel dans le contrôle de la légalité des actes de droit dérivé qui exécutent des traités internationaux liant l'Union.

614. Mais, si attrayante que puisse être l'invocabilité de mise en œuvre pour les justiciables désireux de donner effet au droit conventionnel, elle n'en obéit pas moins à des conditions d'applicabilité limitant les hypothèses de son admission (1). Toutefois, il est désormais acquis que l'ensemble du droit conventionnel de l'Union entre dans le champ d'application de la jurisprudence *Nakajima*, ce qui ouvre de nouvelles perspectives à cette forme d'invocabilité (2).

1) Précisions sur les conditions d'applicabilité de l'invocabilité de mise en œuvre

615. La jurisprudence *Nakajima* permet aux justiciables d'invoquer utilement une règle conventionnelle pour examiner la validité du droit dérivé de l'Union l'exécutant. Cette déclinaison de l'invocabilité, sans équivalent dans les ordres juridiques étatiques, profite indéniablement au principe de légalité en droit de l'Union européenne. Elle détache de l'effet direct l'aptitude des stipulations conventionnelles à se constituer en normes de référence du contrôle de légalité. Toutefois, ce mécanisme de rattrapage offert aux stipulations conventionnelles ne créant pas de droits se trouve conditionné à la satisfaction de deux critères.

616. Le premier critère, subjectif, tient à la vérification de l'intention du législateur de mettre en œuvre l'obligation internationale dont la violation est alléguée (a). Le second critère, objectif, s'attache quant à lui à établir que l'acte contrôlé se donne pour objet l'exécution d'une obligation particulière portée par la norme invoquée (b).

conventionnelle ne revêtant pas d'effet direct mais ayant fait l'objet d'une mise en œuvre par un acte de droit dérivé. V. en ce sens, Piet EECKHOUT, « The domestic status of the WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems », *CML Rev.*, 1997, pp. 11-58 (47).

a) L'intention du législateur de donner exécution à une obligation conventionnelle

617. L'effectivité du contrôle de conventionnalité des actes législatifs de l'Union pâtit d'une politique jurisprudentielle de la Cour de justice marquée par le *self restraint*¹⁷²⁸. Les juges de Kirchberg éprouvent en effet quelques réticences à se reconnaître légitimes pour contrôler la conformité au droit conventionnel des actes législatifs de l'Union et, ce faisant, pour influencer sur sa politique extérieure¹⁷²⁹. L'intention affichée par le législateur de l'Union de donner exécution à une obligation conventionnelle délie le juge de cette retenue. La Cour de justice y associe la volonté des institutions de se soumettre à cette prescription qu'elle admet en conséquence au rang de norme de référence dans le contrôle de la légalité. Reste que, comme le remarque Christine Kaddous, « *il n'est pas toujours évident de reconnaître les cas où la Communauté a eu l'intention d'exécuter une telle obligation* »¹⁷³⁰.

618. De simples déclarations politiques ne sont pas suffisantes pour certifier une telle intention, les juges de Luxembourg ont exprimé en ce domaine leur préférence pour les indices rédactionnels. La juridiction de l'Union dénie à « *toute déclaration émise à l'échelle internationale* »¹⁷³¹ la qualité d'indicateur des intentions du législateur. Une partie minoritaire de la doctrine estimait que les déclarations publiques faites au sein d'enceintes internationales pouvaient être employées comme critères déterminants de la volonté d'exécuter une obligation conventionnelle¹⁷³². Attacher des effets de droit à ces communications présentait toutefois le risque politique de museler les représentants de l'Union dans les forums internationaux. La liberté de parole de ses représentants pouvait s'en trouver restreinte, ce qui aurait mécaniquement bridé l'action extérieure de l'Union européenne. La jurisprudence

¹⁷²⁸ Pour une présentation des causes de ce *self-restraint*, qui tiennent principalement à la volonté du juge de préserver l'équilibre des pouvoirs, V. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

¹⁷²⁹ Antonio TANCREDI observait ainsi, à propos des accords OMC, que « *the direct invocability was essentially denied on the basis of the need for a form of foreign policy discretion* », (« EC practice in the WTO : How wide is the scope of manoeuvre? », *EJIL*, 2004, pp. 933-961 (942)) ; V. également, Ernst-Ulrich PETERSMANN, « Constitutionalism and international organizations », *préc.*, p. 399.

¹⁷³⁰ Christine KADDOUS, « Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », in *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, *op. cit.*, p. 112.

¹⁷³¹ Samuel ALBER, 15 mai 2003, conclusions sur CJCE, *Biret international SA & Establishment Biret SA contre Conseil*, *préc.*, pt. 68.

¹⁷³² Geert ZONNEKEYN, « The ECJ's Pertotub judgement: towards a revival of the Nakajima Doctrine? », *préc.*, p. 252.

*Van Parys*¹⁷³³ a répondu à ces préoccupations en réfutant tout effet de droit à ces déclarations internationales dans l'ordre interne¹⁷³⁴. Par suite, les actes de volonté du législateur sont désormais les indices privilégiés pour déterminer ses intentions.

619. En ce sens, le Tribunal constate dans l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie* qu'« il ressort de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 1367/2006 que ce règlement a pour objet de contribuer à l'exécution des obligations découlant de la convention d'Aarhus... »¹⁷³⁵. En se référant à la lettre de l'acte contesté pour déceler l'intention de son auteur, le juge de l'Union manifeste son attachement à l'indice rédactionnel. En dépit du fait qu'« il est, en principe, possible, même en l'absence d'une mention expresse, de déterminer objectivement si l'acte communautaire constitue l'application d'une norme internationale »¹⁷³⁶, la Cour continue d'exiger une référence explicite à l'accord mis en exécution pour appliquer la jurisprudence *Nakajima*. Toutefois, la juridiction de l'Union ne pêche pas par excès de rigueur et ne met pas en œuvre la méthode d'interprétation proposée par l'avocat général Geelhoed à l'occasion de l'affaire *Franz Egenberger* selon laquelle l'appréciation de l'intention « devrait [...] être limitée à l'examen de l'objectif de la législation communautaire sur la base d'une lecture purement objective de la disposition contestée »¹⁷³⁷. Une telle méthode implique que l'intention ne puisse exclusivement être déduite que de la norme attaquée, sans pouvoir recourir à une lecture systématique de l'acte qui la porte. Or, dans l'affaire *Vereniging Milieudéfensie* le Tribunal exerce bien une analyse systématique de l'acte dans lequel se trouve la disposition contestée pour trouver en son article 1, paragraphe 1 la preuve de l'intention d'exécution de l'accord international invoqué.

¹⁷³³ Le fait que l'Union européenne ait « manifesté auprès de l'ORD son intention de se conformer à la décision de ce dernier du 25 septembre 1997 » ne fonde pas la justiciabilité de cette dernière : CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc.

¹⁷³⁴ V. Delphine DE MEY, Pablo Ibáñez COLOMO, « Recent developments of the invocability of the WTO Law in the EC: A wave of mutilation », *E.F.A.Rev.*, 2006, pp. 63-86 (85).

¹⁷³⁵ TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc., pt. 58 ; l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous d) dispose que « [l]e présent règlement a pour objet de contribuer à l'exécution des obligations découlant de la convention [...] d'Aarhus, en établissant des dispositions visant à appliquer aux institutions et organes communautaires les dispositions de la convention, notamment : [...] en garantissant l'accès à la justice en matière d'environnement au niveau de la Communauté, dans les conditions prévues par le présent règlement », in Règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, préc., pp. 13-19.

¹⁷³⁶ Christine KADDOUS, « Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », in *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, op. cit., p. 112.

¹⁷³⁷ Leendert Adrie GEELHOED, 1^{er} décembre 2005, conclusions sur CJCE, *Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk contre Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, C-313/04, *Rec.* p. I-6331, pts. 74-76.

620. Outre l'intention manifestée par le législateur de donner exécution au droit conventionnel de l'Union, l'acte de droit dérivé qui en est la formalisation doit entendre reproduire une obligation internationale particulière pour que l'invocabilité de mise en exécution puisse être utilement sollicitée.

b) L'exécution d'une obligation particulière prescrite par l'accord invoqué

621. Pour que le requérant soit en droit de se prévaloir utilement d'une stipulation conventionnelle au titre de la jurisprudence *Nakajima*, la disposition contestée doit avoir pour objet l'exécution d'une obligation particulière. Selon cette condition d'applicabilité, en réalité postérieure à l'arrêt *Nakajima* car formulée dans l'arrêt *Allemagne contre Conseil* de 1994, « *ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT, qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire au regard des règles du GATT* »¹⁷³⁸. Ce faisant, elle restreint les hypothèses d'invocabilité des accords internationaux dépourvus d'effet direct. La simple intention de mettre en conformité le droit de l'Union européenne avec des obligations générales du droit international par un acte de droit dérivé n'assoit plus l'invocabilité de mise en exécution. Il est encore nécessaire que l'acte attaqué mette en application une obligation particulière née de l'acte international invoqué¹⁷³⁹. C'est ainsi que dans l'affaire *Chiquita Brands*, le Tribunal de première instance concède dans un premier temps, à l'examen du règlement 2362/98 relatif au régime d'importation de la banane dans la Communauté¹⁷⁴⁰, que l'acte contesté tend à mettre le droit communautaire en conformité avec le droit de l'OMC¹⁷⁴¹. Cependant, il précise ensuite que la Communauté « *n'a pas entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre des accords de l'OMC,*

¹⁷³⁸ CJCE, 5 octobre 1994, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, préc., pt. 111.

¹⁷³⁹ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 49 ; CJCE, 9 janvier 2003, *Petrobub SA et Republica SA contre Conseil*, préc., point 54.

¹⁷⁴⁰ Règlement (CE) n° 2362/98 de la Commission du 28 octobre 1998 portant sur les modalités d'application du Règlement (CEE) n°404/93 du Conseil en ce qui concerne le régime d'importation de bananes dans la Communauté, préc.

¹⁷⁴¹ Le Tribunal estime ainsi que « [s]'agissant des caractéristiques du règlement n° 2362/98, les éléments de preuve versés au débat par la requérante ainsi que les écritures et déclarations de la Commission indiquent que, lors de l'adoption du régime de 1999, dont le règlement n° 2362/98, la Communauté a entendu se conformer à ses obligations assumées au titre des accords de l'OMC, à la suite de la décision de l'ORD du 25 septembre 1994 » : TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pt. 167.

au sens de cette jurisprudence et [que] la requérante n'est pas, par conséquent, en mesure de se prévaloir de la violation par la Communauté de ses obligations au titre desdits accords »¹⁷⁴². Deux conditions cumulatives paraissent alors se dégager de la jurisprudence pour reconnaître une telle qualité à l'acte attaqué. Une obligation particulière doit être portée par la convention et l'acte contrôlé doit entendre s'y soumettre.

622. L'accord invoqué doit être porteur d'une obligation particulière. Il s'agit d'une condition extrinsèque à l'acte contrôlé. Ainsi que le souligne Frédéric Schmied, « l'existence d'une obligation particulière découlerait [...] du fait que les accords concernés imposent directement aux parties contractantes l'obligation d'adapter leur législation nationale »¹⁷⁴³. Cette conditionnalité, née de l'arrêt *Chiquita Brands*¹⁷⁴⁴, se révèle particulièrement éclairante pour l'analyse systémique des formes d'invocabilité dans l'ordre juridique de l'Union. En effet, les clauses conventionnelles créant une obligation d'adaptation des législations nationales ordonnent aux parties au traité d'édicter des actes juridiques propres à lui donner effet dans leurs ordres juridiques¹⁷⁴⁵. On est ici guère éloigné des obligations internationales de comportement normatif, désignées par Hélène Raspail comme celles qui « *tendraient [...] à un certain état des règles internes, et non [...] à la réalisation de situations individuelles* »¹⁷⁴⁶. Or, la subordination des effets internes d'une stipulation d'un engagement international à l'intervention d'un acte de concrétisation émis par les institutions de l'Union neutralise l'effet direct de ladite stipulation, celle-ci étant rendue conditionnelle¹⁷⁴⁷. Plus

¹⁷⁴² TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pt. 170.

¹⁷⁴³ Frédéric SCHMIED, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, op. cit., p. 406.

¹⁷⁴⁴ Le Tribunal y observe que « ni le GATT de 1994 ni l'AGCS n'imposent à leurs signataires une obligation d'adaptation de leur droit national équivalente à celle prévue à l'article 16, paragraphe 6, sous a), du code antidumping de 1979 et à l'article 18, paragraphe 4, du code antidumping de 1994 », en conséquence de quoi il exclut que leur soit appliquée la jurisprudence *Nakajima* : TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pt. 160.

¹⁷⁴⁵ Pour exemple, l'article 16 du code anti-dumping de 1979 stipule ainsi que doivent être édictées « toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où ledit accord entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec les dispositions dudit accord, dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à la partie en question ». L'article 18-4 du Code anti-dumping de 1994 indique de son côté que « [c]haque Membre prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour lui, la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer au Membre en question ».

¹⁷⁴⁶ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Paris, Dalloz, La nouvelle bibliothèque des Thèses, 2013, p. 245.

¹⁷⁴⁷ La Cour juge ainsi qu'« une stipulation d'un accord conclu par l'Union et ses États membres avec des États tiers doit être considérée comme étant d'effet direct lorsque, [...] elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur » : CJUE,

occasionnellement, le défaut d'effet direct de l'ensemble de l'instrument conventionnel est déduit par la Cour de la conditionnalité de l'une de ses stipulations¹⁷⁴⁸. À l'examen des conditions d'applicabilité de l'hypothèse *Nakajima*, une stipulation jugée dépourvue d'effet direct, en raison de la subordination de ses effets à l'édiction impérative d'un acte interne, véhicule donc une obligation particulière. Par exemple, une disposition par laquelle les parties contractantes s'engagent « à adopter, en conformité avec leur système juridique, les mesures nécessaires pour assurer [son] application »¹⁷⁴⁹ se soustrait au bénéfice de l'effet direct en même temps qu'elle crée une obligation particulière. Autrement dit, un motif conduisant la juridiction de l'Union à conclure au défaut d'effet direct d'une prescription conventionnelle – l'existence d'une clause d'adaptation impérative du droit interne¹⁷⁵⁰ – génère corrélativement une présomption en faveur de l'invocabilité de mise en œuvre. L'indice de sa conditionnalité est alors concurremment celui de sa faculté à produire des obligations particulières¹⁷⁵¹.

623. En outre, ce type de stipulation prédispose le législateur de l'Union à édicter des normes qui les exécutent. À titre d'illustration, l'article 3, paragraphe 1 de la Convention d'Aarhus, qui stipule que « [c]haque Partie prend les mesures législatives, réglementaires ou autres nécessaires, y compris des mesures visant à assurer la compatibilité des dispositions donnant effet aux dispositions de la présente Convention... », crée une obligation particulière qui a conduit le législateur de l'Union à lui donner exécution par le biais du règlement 1367/2006. La lettre de la Convention d'Aarhus se trouve ainsi aux sources de la consécration de son invocabilité de mise en œuvre¹⁷⁵². Dans le même sens, l'existence de législations

Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 44 ; CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre ministerio de educion y cultura et Real Federación Española de Fútbol*, préc., pt. 21.

¹⁷⁴⁸ CJUE, 15 mars 2010, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pt. 47.

¹⁷⁴⁹ Par exemple l'article 23, paragraphe 1 du Traité WPPT, in Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, approuvés au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000, *JO*, L 89, p. 6.

¹⁷⁵⁰ Cette corrélation entre conditionnalité et obligation particulière ne se retrouve pas si la prescription dépourvue d'effet direct n'adresse pas aux parties contractantes un ordre de mettre leur législation en conformité avec leurs obligations conventionnelles. Par exemple l'article 2, paragraphe 2 du Protocole de Kyoto par lequel ses parties « cherchent à limiter ou à réduire les émissions de certains gaz à effet de serre provenant des combustibles de soude utilisés dans les transports aériens » est jugé dépourvu d'effet direct en raison de sa conditionnalité dans l'arrêt *Air Transport association of America*. Pour autant il ne saurait être considéré comme générateur d'une obligation particulière en tant que son défaut d'effet direct n'est pas déduit d'une clause impérative d'adaptation du droit interne : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *The Air Transport Association of America*, préc., pt. 77.

¹⁷⁵¹ Pour une illustration de la conjonction de la conditionnalité et de la création d'une obligation particulière par une règle conventionnelle, V. *infra*, ce B, 2), b).

¹⁷⁵² Dans le même temps, la terminologie de cette stipulation a permis au Tribunal de dégager l'incomplétude de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention d'Aarhus, et, *ipso jure*, son défaut d'effet direct : TribUE, 13 septembre 2013, *ClientEarth contre Commission européenne*, T-111/11, pts. 92-93.

communautaires de mise en exécution des codes antidumping procède de l'obligation que ces derniers faisaient peser sur leurs parties d'adapter leur droit interne afin de refléter la teneur desdits accords¹⁷⁵³. En définitive, la lettre des traités ne constitue indéniablement pas le critère déterminant de l'invocabilité de mise en exécution comme c'est le cas *a contrario* pour ce qui concerne la reconnaissance de leur effet direct. Elle n'en exerce pas moins une influence directe sur l'applicabilité de la jurisprudence *Nakajima* en ce qu'elle conditionne l'existence d'une obligation particulière et incline le législateur à la mettre en œuvre.

624. Au-delà de ce premier élément, l'acte porteur de la norme contrôlée doit se donner pour objet l'exécution de cette obligation particulière. Cette condition, proche de celle de l'intention examinée ci-dessus, s'en distingue simplement en ce que la simple volonté du législateur de s'acquitter de ses obligations générales de droit international ne la satisfait pas. Il est encore nécessaire que certaines prescriptions spécifiques entretenant un lien avec la norme invoquée soient désignées par l'acte attaqué. Depuis l'arrêt *Petrotub*, il est établi que lorsqu'une des dispositions de l'acte manifeste l'intention de mettre en œuvre la norme de référence appréhendée comme une obligation particulière, celle-ci est logiquement réputée invocable¹⁷⁵⁴. De manière semblable, dans l'arrêt *Vereniging Milieudefensie*, la juridiction de l'Union observe d'abord que « *le considérant 18 du règlement n° 1367/2006 se réfère expressément à l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus* ». Elle ajoute à titre d'indice complémentaire qu'« *il ressort de la jurisprudence de la Cour que [...] le règlement n° 1367/2006 a pour objet de mettre en œuvre les stipulations de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus en ce qui concerne les institutions de l'Union* »¹⁷⁵⁵. Ici, la législation de l'Union ne témoigne pas d'une simple volonté de donner exécution à des obligations internationales indéterminées, elle marque bien au contraire une intention de concrétiser une obligation spécifique de la Convention d'Aarhus, aux fins de lui donner des effets internes. Le règlement 1367/2006 donne exécution à une obligation particulière – le droit d'accès à la

¹⁷⁵³ Cette obligation procède de l'articles 16 du Code anti-dumping de 1979 et de l'article 18-4 du code anti-dumping de 1994, préc.

¹⁷⁵⁴ Par exemple une disposition du préambule du règlement attaqué : CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, préc., pt. 55 ; V. Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 48.

¹⁷⁵⁵ TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc., pt. 58 ; la jurisprudence à laquelle il est fait référence est l'arrêt *Lesoochranárske* : CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc.

justice environnementale – dont le requérant peut dès lors se prévaloir en application de la jurisprudence *Nakajima*.

625. L'exécution intentionnelle d'une obligation particulière par le législateur permet donc de conclure à l'invocabilité de mise en œuvre des accords internationaux dépourvus d'effet direct. Il est certes légitime de s'interroger sur les logiques de cette jurisprudence. Rien ne justifie que le principe de primauté des traités ne déploie ses effets que dans les hypothèses de contestations des actes leur donnant exécution¹⁷⁵⁶. Du point de vue du droit international, il est parfaitement indifférent que ce comportement procède d'une règle interne d'exécution du droit international, ou d'une règle préexistante entrant dans son champ d'application. Conférer au législateur le pouvoir de déterminer l'invocabilité du droit conventionnel ne paraît guère plus défendable¹⁷⁵⁷. En outre, le besoin de développer l'efficacité du contrôle de conventionnalité s'avère moins pressant dans l'hypothèse où les institutions de l'Union ont pour intention de donner exécution à leurs obligations internationales. C'est en effet lorsqu'elles édictent ce type de normes que les institutions sont le plus soucieuses de respecter le droit conventionnel. Le contrôle de légalité des actes ayant été édictés sans prise en considération des obligations conventionnelles régissant leur champ d'application serait bien plus utile, dans la mesure où leur conformité avec le droit international est beaucoup moins constante¹⁷⁵⁸. Cela explique que les différentes applications de la doctrine *Nakajima* n'aient

¹⁷⁵⁶ Commentant l'insertion des seuls actes d'exécution du droit conventionnel dans le champ d'application de l'invocabilité *Nakajima*, Marie GAUTIER souligne ainsi que « si l'on comprend sans peine le fondement d'une telle invocabilité, il est plus difficile de saisir la logique qui lui impose une telle limite », (« L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 565).

¹⁷⁵⁷ On est ici guère éloigné des critiques adressées par Sébastien PLATON à la position adoptée par le Conseil constitutionnel lorsque celui-ci réduit sa compétence tirée de l'article 88-1 à l'examen de la conformité des seules lois de transposition aux directives de l'Union, (V. Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, § 28 ; Sébastien PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 639-649). Une extension de ce contrôle à l'ensemble des actes législatifs entrant dans leur champ d'application répondrait mieux aux logiques du principe de primauté. Jérôme ROUX note ainsi à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que « l'exploitation complète des virtualités de l'article 88-1 de la Constitution [...] obligerait nécessairement [le Conseil] à censurer les dispositions législatives entachées d'une incompatibilité quelconque ou au moins manifeste, avec l'ensemble du droit communautaire et européen », (« L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique ? », *R.D.P.*, 2009, pp. 645-670 (663)). Dans le même sens, Joël RIDEAU ne trouve « aucune justification » à la limitation du contrôle du Conseil constitutionnel aux seules lois de transposition de directives, (« Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », *R.D.P.*, 2009, pp. 601-630 (613)).

¹⁷⁵⁸ Piet EECKHOUT remarque en ce sens que « this exception to the lack of direct effect may seem self-defeating and not very useful: where WTO rules are implemented there will be much less need for judicial review based on those rules than in other cases, where ex hypothesi those rules were not taken into account or observed », (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 360). Traduction : « cette exception à l'absence d'effet direct peut sembler contre-productive et peu utile : lorsque les règles OMC

jamais conduit, jusqu'à l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie*, à l'annulation d'un acte de droit dérivé.

626. Mais force est de reconnaître qu'en dépit de ses faiblesses logiques, l'invocabilité *Nakajima* dynamise l'accession du droit conventionnel au rang de composante de la légalité de l'Union. En écartant l'effet direct des critères conditionnant l'aptitude des stipulations conventionnelles à s'ériger en norme de référence, l'invocabilité de mise en exécution permet la sanction des méconnaissances des éléments conventionnels de la légalité non porteurs de droits. Cependant, les conditions d'applicabilité de la jurisprudence *Nakajima* ont longtemps été présentées comme limitant *de facto* son champ d'application aux accords anti-dumping conclus sous l'égide de l'OMC. La promotion du droit à la légalité qu'elle portait en germe s'en trouvait réduite. La jurisprudence *Vereniging Milieudéfensie* bouleverse ici les perspectives. L'extension explicite du champ d'application matériel de l'invocabilité de mise en œuvre à l'ensemble des accords liant l'Union européenne offre aux justiciables la garantie de l'utilité de la sollicitation de la jurisprudence *Nakajima* pour tout accord dépourvu d'effet direct.

2) L'extension du champ d'application matériel de l'invocabilité de mise en œuvre

627. L'arrêt *Vereniging Milieudéfensie* permet enfin à la jurisprudence *Nakajima* d'accéder pleinement à la dignité d'arrêt de principe. Jusqu'alors, son application aux seuls codes anti-dumping, dont le défaut d'effet direct¹⁷⁵⁹ neutralisait la justiciabilité de « règles nouvelles et détaillées »¹⁷⁶⁰, laissait penser que cette forme d'invocabilité ne serait applicable qu'à ces instruments. La reconnaissance de l'invocabilité de mise en exécution de la Convention d'Aarhus soustrait cette dimension casuistique de la doctrine de la mise en œuvre en étendant son champ d'application matériel. Le Tribunal consacre ainsi la sujétion de l'ensemble du droit conventionnel de l'Union européenne à la doctrine de la mise en œuvre (a). Ce nouvel élan pourrait élever de nombreuses prescriptions conventionnelles dépourvues d'effet direct au rang de paramètres du contrôle de la légalité des actes unionaires (b).

sont mises en œuvre, le contrôle de légalité fondé sur ces règles sera moins nécessaire que dans d'autres affaires, dans lesquelles, par hypothèse, ces règles n'ont pas été prises en considération et respectées ».

¹⁷⁵⁹ CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, préc., pt. 29.

¹⁷⁶⁰ CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, préc., pt. 55.

a) Le droit conventionnel assujéti dans son ensemble à l'invocabilité de mise en œuvre

628. Dans l'arrêt *Chiquita Brands*, le Tribunal de première instance soulignait que, « s'agissant de recours introduits par des particuliers, la Cour et le Tribunal n'ont pas appliqué le principe issu de l'arrêt *Nakajima* dans un contexte autre que celui du contrôle, par voie incidente, de la conformité des règlements de base antidumping par rapport aux dispositions des codes antidumping de 1979 et de 1994 »¹⁷⁶¹. Sans s'aventurer à adopter une position définitive, la juridiction de l'Union ne manifestait pas l'intention d'étendre le champ d'application matériel de l'invocabilité de mise en exécution à l'ensemble du droit conventionnel. Elle remarquait que « hors de ce contexte particulier du contentieux antidumping, la Cour et le Tribunal ont rejeté l'application de la jurisprudence issue de l'arrêt *Nakajima* »¹⁷⁶². De fait, les juridictions de l'Union européenne dénièrent tour à tour l'invocabilité de mise en exécution des décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC prises dans le cadre du contentieux de la banane en soutenant que l'« obligation d'assurer la conformité de mesures internes par rapport aux engagements internationaux issus des accords de l'OMC revêt indéniablement un caractère général qui contraste avec les règles des codes antidumping »¹⁷⁶³.

629. La question de savoir si l'applicabilité de la jurisprudence *Nakajima* se trouvait de facto réduite aux codes antidumping du GATT suscitait donc de réelles interrogations dont la doctrine se faisait le relais¹⁷⁶⁴. En ce sens, l'avocat général Tizzano alléguait que la référence

¹⁷⁶¹ TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pt. 118.

¹⁷⁶² *Ibid.*, pt. 120.

¹⁷⁶³ TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pt. 161 ; CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc., pt. 52.

¹⁷⁶⁴ Jusqu'à l'arrêt *Vereniginig Milieudéfensie*, la doctrine *Nakajima* était en effet présentée comme ne profitant qu'aux accords anti-dumping. V. Marco BRONCKERS, Pieter Jan KUIJPER, « WTO Law in the European Court of Justice », *CML Rev.*, 2005, pp. 1313-1355 (1325-1327) ; Rasm HOLDGAARD, *External relations law of the European community: legal reasoning and legal discourse*, op. cit., p. 319 ; Piet ECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., 2011, p. 361 ; Alessandra ARCURI, Sara POLI, « What price for the Community enforcement of WTO law? », Florence, European University Institute, EUI working paper, 2010, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13534/LAW_2010_01.pdf?sequence=3, p. 9. Les normes anti-dumping sont en effet traditionnellement analysées comme nécessitant un haut degré d'harmonisation entre les normes d'origine internationale et interne régissant ce domaine. Cette nécessité conduit également à des plaidoyers en faveur d'une harmonisation des méthodes employées pour interpréter ces règles. Pieter Jan KUIJPER explique ainsi que « [s]ince the Anti-dumping agreement must be interpreted in conformity with the principles of the article 31 of the Vienna Convention, applying the same standards of interpretation to the Anti-Dumping Regulation may be helpful at this end », (« The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo CANNIZZARO (dir.) *The Law of Treaties Beyond The Vienna*

à la jurisprudence *Nakajima* était devenue une formule incantatoire, psalmodiée lors de tout contentieux sollicitant l'application d'un produit juridique international, alors même que cette « jurisprudence [fut] rendue dans un contexte différent »¹⁷⁶⁵. Ce doute était alimenté par une jurisprudence réservant les hypothèses d'application de l'invocabilité de mise en exécution aux litiges où se trouvaient sollicités les codes anti-dumping du GATT¹⁷⁶⁶, son applicabilité ayant été refusée à de nombreuses reprises dans le cadre des autres accords OMC¹⁷⁶⁷.

630. Certains commentateurs¹⁷⁶⁸ ont toutefois pu estimer que, dans l'affaire *Kloosterboer*¹⁷⁶⁹, la doctrine *Nakajima* avait permis de dégager l'invocabilité de l'accord sur l'agriculture, figurant en annexe de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce¹⁷⁷⁰. Dans cet arrêt, l'article 3 du règlement n°1484/95¹⁷⁷¹ est invalidé en raison de sa contrariété à l'article 5 du règlement n°2777/75¹⁷⁷² – acte adopté par les institutions pour se conformer avec l'article 5 de l'accord sur l'agriculture –, dans la mesure où il prévoit qu'un droit additionnel calculé sur la base du prix représentatif est toujours dû lorsque l'importateur

Convention, op. cit., p. 269). Traduction : « Puisque le Code anti-dumping doit être interprété en conformité avec les principes posés par l'article 31 de la Convention de Vienne, appliquer les mêmes standard au Règlement anti-dumping peut en définitive présenter une réelle utilité ».

¹⁷⁶⁵ Antonio TIZZANO, 18 novembre 2004, conclusions sur CJCE, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, C-377/02, *Rec.* p. I-1465, pt. 96.

¹⁷⁶⁶ CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. ; TPICE, 27 janvier 2000, *Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) contre Commission des Communautés européennes*, préc. ; CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, préc. ; TPICE, 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd contre Conseil de l'Union européenne*, T-35/01, *Rec.* p. II-3663.

¹⁷⁶⁷ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 49 ; CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Biret international SA & Establishment Biret SA contre Conseil*, préc., pt. 53 ; CJCE, Gde chbre, 1er mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc., pt. 40 ; CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, préc., pts. 38-39.

¹⁷⁶⁸ Rass HOLDGAARD soutient ainsi que l'arrêt *Kloosterboer* « constituted a successful application of [...] *Nakajima* », (*External relations law of the European community: legal reasoning and legal discourse, op. cit.*, p. 316). Traduction: l'arrêt *Kloosterboer* « constitue une application réussie de [...] la doctrine *Nakajima* » ; V. également, Francis SNYDER, « The Gatekeepers : The European Courts and WTO Law », préc., pp. 344-345).

¹⁷⁶⁹ CJCE, 13 décembre 2001, *Kloosterboer Rotterdam BV contre Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, préc.

¹⁷⁷⁰ Accord sur l'agriculture, qui figure à l'annexe 1 A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'«OMC»), approuvé au nom de la Communauté par l'article 1er, paragraphe 1, premier tiret, de la Décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *JO*, L 336, p. 1.

¹⁷⁷¹ Règlement (CE) n°1484/95 de la Commission, du 28 juin 1995, portant modalités d'application du régime relatif à l'application des droits additionnels à l'importation et fixant des droits additionnels à l'importation, dans les secteurs de la viande de volaille et des œufs ainsi que pour l'ovalbumine, et abrogeant le Règlement n°163/67/CEE, *JO*, L 145, p. 47,

¹⁷⁷² Règlement (CEE) n°2777/75 du Conseil, du 29 octobre 1975, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la viande de volaille (*JO* L 282, p. 77), tel que modifié par le Règlement (CE) n°3290/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, relatif aux adaptations et aux mesures transitoires nécessaires dans le secteur de l'agriculture pour la mise en œuvre des accords conclus dans le cadre des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay, *JO* L 349, p. 105.

n'a pas demandé que le calcul se fasse sur la base du prix à l'importation. Mais la norme de référence employée pour conclure à l'invalidité du règlement n°1484/ 95 est alors le règlement n°2777/75, et non l'accord sur l'agriculture¹⁷⁷³. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une application de la doctrine *Nakajima* qui vise précisément à ériger les stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct en normes de référence¹⁷⁷⁴. L'observateur de la jurisprudence de l'Union ne pouvait dès lors, avant que ne soit prononcé l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie*, que faire montre d'une prudente retenue, si ce n'est d'un certain scepticisme, à l'endroit de l'application de la jurisprudence *Nakajima* à la Convention d'Aarhus.

631. Le Tribunal a pourtant conclu qu'en raison de l'invocabilité de mise en exécution, il lui appartient « de vérifier la validité de la disposition dont l'illégalité a été excipée par les requérantes au regard de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus »¹⁷⁷⁵. Cet arrêt a donc ôté toute pertinence à l'analyse de la jurisprudence *Nakajima* en termes de solution d'espèce. La juridiction de l'Union a en effet intégré la Convention d'Aarhus dans le champ d'application de l'invocabilité de mise en exécution sur le fondement de sa prévalence sur le droit dérivé¹⁷⁷⁶. Ce faisant, elle a assujéti à la doctrine de la mise en exécution l'ensemble du droit conventionnel au bénéfice de la primauté sur le droit dérivé au titre de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE. Le Tribunal a ainsi donné un nouvel élan à la solution *Nakajima*. Il reste que cet élargissement du champ d'application *ratione materiae* de la doctrine *Nakajima* doit encore être confirmé par la Cour de justice. Et, l'adhésion des juges de la Cour de justice

¹⁷⁷³ La Cour de justice affirme ainsi que « l'article 3, paragraphes 1 et 3, du règlement n°1484/95 est contraire à l'article 5, paragraphe 3, du règlement n°2777/75. Il y a dès lors lieu de répondre à la première question que l'article 3, paragraphes 1 et 3, du règlement n°1484/95 est invalide... » : CJCE, 13 décembre 2001, *Kloosterboer Rotterdam BV contre Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, préc., pts. 35-36. Les analyses de Francis SNYDER confirment que la Cour « conducted the bulk of its analysis with reference only to the EC implementing Regulation », (« The gatekeepers, the European Courts and WTO Law », préc., p. 344). Traduction : la Cour « développe la majeure partie de ses analyses en se référant uniquement au Règlement d'implémentation »

¹⁷⁷⁴ Mario MENDEZ observe en ce sens que « the reading accorded to the basic Regulation did not seem in need of a helping hand from WTO sources and, even if that were necessary, it would not constitute *Nakajima* review but rather consistent interpretation », (*The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, op. cit., p. 232). Traduction : « l'interprétation du Règlement de base qui fut retenue n'est pas apparue d'un grand secours aux règles OMC et, alors même qu'il eut été nécessaire, cela ne constituait pas un contrôle de type *Nakajima* mais seulement une interprétation conforme ».

¹⁷⁷⁵ TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc., pt. 59.

¹⁷⁷⁶ Le Tribunal de l'Union déduit l'opportunité de l'examen des conditions d'applicabilité *Nakajima* du fait que « [l]a convention d'Aarhus a été signée par la Communauté européenne et a ensuite été approuvée par la décision 2005/370/CE [...]. Partant, les institutions sont liées par cette convention, laquelle bénéficie de la primauté sur les actes communautaires dérivés. Il s'ensuit que la validité du règlement n°1367/2006 peut être affectée du fait de son incompatibilité avec la convention d'Aarhus » : TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc., pt. 52.

à la solution proposée par le Tribunal n'a rien de certaine. L'avocat général Niilo Jääskinen a d'ores et déjà récusé la pertinence de cette solution. Il a souligné dans ses conclusions que la jurisprudence *Nakajima* « n'a été appliquée en pratique [...] presque exclusivement à des hypothèses de contrôle, par voie incidente, de la conformité des règlements antidumping de l'Union aux dispositions des codes antidumping du GATT de 1979 et de 1994 »¹⁷⁷⁷. De sorte qu'il considère que le Tribunal « a commis une erreur de droit, dès lors que ces arrêts consacrent une exception limitée établie dans le cadre de la jurisprudence sur les accords GATT et OMC »¹⁷⁷⁸. L'avocat général fonde sa conclusion sur la spécificité des règles d'invocabilité des accords GATT et OMC qui a régulièrement conduit la Cour à conclure à « l'impossibilité de transposer lesdites règles en dehors de leur cadre »¹⁷⁷⁹. Il est vrai que le défaut de réciprocité d'application des règles OMC a par exemple conduit la Cour à exclure leur invocabilité par les requérants étatiques, alors même que ces requérants ont le droit de se prévaloir des autres normes conventionnelles liant l'Union européenne, même dépourvues d'effet direct¹⁷⁸⁰. Mais cette *lex specialis* applicable à l'invocabilité des accords OMC est justifiée, dans la mesure où ce sont les seules règles conventionnelles liant l'Union que la Cour a analysé comme étant fondées sur le principe de réciprocité et d'avantages mutuels. En revanche, la doctrine *Nakajima* n'est pas fondée sur une propriété singulière des règles OMC, mais sur la prévalence du droit conventionnel sur le droit dérivé. Dès lors que l'ensemble des accords internationaux liant l'Union prime le droit dérivé en vertu de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, il semble que le Tribunal n'ait pas commis d'erreur de droit en considérant que l'invocabilité *Nakajima* pouvait être appliquée à la Convention d'Aarhus¹⁷⁸¹.

632. Les requérants et leurs conseils, désormais assurés que l'invocabilité *Nakajima* n'est pas réservée aux seuls codes anti-dumping, ne seront plus dissuadés de solliciter l'application des accords internationaux dépourvus d'effet direct dans leurs contestations de la légalité des actes juridiques de l'Union les mettant en œuvre.

¹⁷⁷⁷ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, affaires jointes, préc., pt. 26.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*, pt. 29.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*, pt. 53.

¹⁷⁸⁰ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 54. Pour une analyse de l'invocabilité du droit conventionnel sans effet direct par les requérants étatiques devant la Cour de justice, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 1, A.

¹⁷⁸¹ Sous réserve que la stipulation invoquée soit porteuse d'une obligation particulière, V. *supra*, ce B, 1), b).

b) Les nouveaux horizons de l'invocabilité de mise en œuvre

633. L'invocabilité de mise en œuvre de la Convention d'Aarhus préfigure la multiplication des engagements internationaux justiciables devant la Cour de justice de l'Union. Nombre d'accords dépourvus d'effet direct pourraient en effet accéder à l'invocabilité au titre de la doctrine *Nakajima*.

634. Il convient tout de même de déplorer, à titre liminaire, que le maintien de la conditionnalité de l'exécution d'une « obligation conventionnelle particulière » laisse les règles OMC (hors l'hypothèse spécifique du code anti-dumping) à l'écart du cercle du droit conventionnel susceptible de s'élever au rang de norme de référence¹⁷⁸². Un assouplissement des conditions d'applicabilité de l'invocabilité de mise en œuvre, calqué sur la jurisprudence *Racke* qui n'exige pas pour la coutume l'établissement d'une obligation particulière¹⁷⁸³, eut en effet permis de reconnaître aux règles OMC cette qualité de paramètre de la légalité du droit de l'Union qui lui fait défaut. Les réticences de la Cour à calquer le régime de l'invocabilité du droit conventionnel sur celui de la coutume sont d'autant plus regrettables que, dans l'affaire *Air transport association of America*, les effets de l'invocabilité simplifiée du droit coutumier ont nettement été circonscrits. La grande chambre a ainsi confirmé la règle dégagée dans l'arrêt *Racke* selon laquelle « dès lors qu'un principe du droit international coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international, le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes »¹⁷⁸⁴. Cette limitation à un contrôle d'intensité minimale encadre la marge d'appréciation du juge appelé à

¹⁷⁸² Le Tribunal affirme ainsi dans l'affaire *Chiquita Brands* que « ni le GATT de 1994 ni l'AGCS n'imposent à leurs signataires une obligation d'adaptation de leur droit national équivalente à celle prévue à l'article 16, paragraphe 6, sous a), du code antidumping de 1979 et à l'article 18, paragraphe 4, du code antidumping de 1994 » : TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pt. 160.

¹⁷⁸³ En l'espèce, la Cour admettait que le Règlement (CEE) n° 3300/91 du Conseil, du 11 novembre 1991, suspendant les concessions commerciales prévues par l'Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République socialiste fédérative de Yougoslavie avait été « pris en application » des principes de droit international coutumier portant sur la cessation et la suspension des relations conventionnelles en raison d'un changement fondamental de circonstances. La juridiction de l'Union n'établissait pourtant pas l'aptitude de ces principes coutumiers à générer des obligations particulières. CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 48.

¹⁷⁸⁴ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 110 ; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 52.

contrôler la conformité du droit interne¹⁷⁸⁵ à l'aune d'une norme coutumière imprécise. Transposée à l'hypothèse *Nakajima*, cette solution permettrait à la juridiction de l'Union de respecter la logique en favorisant l'invocabilité des règles non génératrices d'obligations particulières¹⁷⁸⁶, tout en tirant les conséquences de leur faible force invalidante en limitant les cas d'annulation aux erreurs manifestes d'appréciation. Autrement dit, l'aptitude d'une norme conventionnelle à générer des obligations particulières n'influerait plus sur sa justiciabilité mais sur l'intensité du contrôle de validité opéré sur son fondement. Aussi longtemps que la Cour refusera d'assouplir de cette manière les conditions d'invocabilité du droit conventionnel, l'absence d'obligations particulières dans le droit de l'OMC neutralisera sa propension à s'ériger en paramètre de la légalité des actes de l'Union.

635. Au-delà du cas particulier du droit de l'OMC, l'effectivité des accords internationaux liant l'Union devrait être promue par la jurisprudence *Vereniging Milieudefensie*. À titre d'illustration, le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après, OMPI) et le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes¹⁷⁸⁷ (ci-après, Convention WPPT), pourraient bénéficier de l'invocabilité de mise en exécution. La Cour de justice a en effet noté dans l'affaire *Società Consortile Fonografici* que les parties contractantes de la Convention WPPT s'engageaient, au titre de son article 23, paragraphe 1, « à adopter, en conformité avec leur système juridique, les mesures nécessaires pour assurer son application »¹⁷⁸⁸. Cette prescription a pour effet de rendre conditionnelles l'ensemble des stipulations de la convention WPPT qui s'en trouvent, en vertu de la jurisprudence

¹⁷⁸⁵ La jurisprudence *ATAA* limite toutefois la possibilité de se prévaloir d'une prescription coutumière imprécise en qualité de norme de référence à l'hypothèse du contrôle de la légalité d'un acte « susceptible d'affecter des droits que le justiciable tire du droit de l'Union ou de créer dans son chef des obligations au regard de ce droit » : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 107. Cette condition suscite une réelle perplexité dans la mesure où il n'apparaît guère justifié de soumettre le droit des justiciables de se prévaloir d'une norme internationale au lien de droit existant entre lui et l'acte attaqué. V., en ce sens, Isabelle BOSSE PLATIERE, Catherine FLAESCH-MOUGIN, « La Cour précise si et dans quelle mesure le droit international conventionnel et coutumier peut être invoqué directement par une personne physique ou morale aux fins de contester la validité d'un acte de l'Union », préc., p. 250 ; Vincent CORREIA, *L'Union européenne et l'ordre international de l'aviation civile. La contribution de l'Union européenne aux évolutions contemporaines du droit aérien international*, op. cit., p. 815.

¹⁷⁸⁶ Cette exigence logique s'impose si l'on admet avec Georges VEDEL, que « l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif », (« La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *Colloque du bicentenaire : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, op. cit., p. 55).

¹⁷⁸⁷ Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, approuvés au nom de la Communauté européenne par la Décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000, *JO*, L 89, p. 6.

¹⁷⁸⁸ CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pt. 47.

Demirel¹⁷⁸⁹, « dépourvues d'effet direct dans le droit de l'Union »¹⁷⁹⁰. Dans la mesure où cette même prescription permet d'inférer sa capacité à générer des obligations particulières¹⁷⁹¹, le simple constat de l'intention du législateur de donner exécution à certaines d'entre elles permettrait de lui appliquer la jurisprudence *Nakajima*. En conséquence, la directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dont l'édiction vise, aux termes du préambule, « à mettre en œuvre » et à « se conformer »¹⁷⁹² au Traité de l'OMPI, devrait pouvoir voir sa légalité contrôlée à l'aune de la Convention WPPT. La jurisprudence *Vereniging Milieudéfensie* permettra donc sans doute de conférer une invocabilité à des accords internationaux dont le défaut d'effet direct est déduit de leur incomplétude. En somme, le caractère conditionnel de certaines normes conventionnelles, lorsqu'il est déduit d'une clause impérative d'adaptation du droit interne, favorise leur invocabilité à l'encontre des actes les concrétisant dans l'ordre juridique de l'Union.

636. Par ailleurs, la doctrine de la mise en exécution paraît avoir influencé ces dernières années d'autres solutions contentieuses. Ce fut notamment le cas devant le Tribunal de la fonction publique dans le cadre de litiges, opposant les institutions de l'Union à leurs agents, soulevant une question de compatibilité entre deux règles de droit dérivé. Une directive de l'Union adressée aux États membres porteuse d'obligations particulières peut désormais être invoquée par des fonctionnaires communautaires à l'encontre d'actes institutionnels d'organisation interne ayant pour objet de lui donner exécution. La juridiction de l'Union reprend les conditions d'applicabilité de l'invocabilité de mise en exécution lorsqu'elle estime, dans l'arrêt *Laleh Aayhan*, qu'« une directive pourrait [...] lier une institution quand celle-ci a [...] entendu donner exécution à une obligation particulière énoncée par une directive ou encore dans l'occurrence où un acte de portée générale d'application interne renvoie, lui-même, expressément aux mesures arrêtées par le législateur communautaire en

¹⁷⁸⁹ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc., pt. 14 ; V. également, CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, préc., pt. 38 ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, préc., pt. 44 ; CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 55.

¹⁷⁹⁰ CJUE, 15 mars 2011, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco del Corso*, préc., pt. 48.

¹⁷⁹¹ Il s'agit de la condition de l'intention du législateur d'exécuter une obligation conventionnelle, V. *supra*, ce B, 1), a).

¹⁷⁹² Directive (CE) n° 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO, n° L 167 du 22 juin 2001, pp. 10-19, considérants 15 et 61 du préambule.

application des traités »¹⁷⁹³. On retrouve ici la logique de la jurisprudence *Nakajima* calquée à un rapport de compatibilité entre deux normes de droit dérivé. Dès lors que se trouve établie l'intention d'une institution de donner exécution à une obligation législative particulière par le moyen d'un acte de droit dérivé, la première peut être érigée en paramètre de la légalité du second sans que ne soit au préalable établi son effet direct. Il est vrai que le champ des règles susceptibles d'être contestées sur le fondement de la doctrine de la mise en exécution reste ici cantonné aux actes d'organisation interne des institutions de l'Union. Il n'en est pas moins remarquable que la jurisprudence *Nakajima* semble avoir été le souffle inspirateur de cette promotion de l'invocabilité autonome de l'effet direct dans le contentieux de la fonction publique.

637. L'invocabilité *Nakajima* a donc vu sa vitalité renouvelée par la jurisprudence *Vereniging Milieudéfensie*. La possibilité d'obtenir la sanction de violations de prescriptions conventionnelles dépourvues d'effet direct est désormais ouverte lorsque les autorités de l'Union exécutent leurs obligations internationales¹⁷⁹⁴. Cette forme d'invocabilité n'a pour l'heure pas été admise par les juridictions administratives françaises. Tout au plus peut-on envisager qu'elles puissent accepter, en application de la jurisprudence *CILFIT*¹⁷⁹⁵, l'invocabilité *Nakajima* d'un accord mixte, dans l'hypothèse où serait excipée l'inconventionnalité d'un acte de droit dérivé lui donnant exécution. La haute juridiction administrative a jugé « *qu'en l'absence de difficulté sérieuse [...], il appartient donc au Conseil d'État statuant au contentieux, saisi d'un moyen mettant en cause la validité d'un acte de l'Union au regard d'une convention internationale à laquelle l'Union est partie, d'apprécier lui-même l'effet direct des stipulations en cause* »¹⁷⁹⁶. Même si l'arrêt *Air Algérie* reste muet sur ce point, rien n'indique que le Conseil d'État devrait décliner sa compétence pour apprécier l'applicabilité de l'invocabilité *Nakajima* si cette question ne pose pas de « *difficulté sérieuse* ». L'admission de l'invocabilité de mise en exécution lorsqu'est

¹⁷⁹³ TFPUE, 30 avril 2009, *Laleh Aayhan e.a. et Colette Renier contre Parlement européen*, F-65/07 et F-8/08, pt. 116 ; V. également, TFPUE, 4 juin 2009, *Vahan Adjemian e.a. contre Commission des Communautés européennes*, F-134/07 et F-8/08, pt. 92.

¹⁷⁹⁴ Le Tribunal juge ainsi que « *l'article 10, paragraphe 1, du règlement n° 1367/2006, en ce qu'il limite la notion d'"actes" de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus aux seuls "acte[s] administratif[s]", définis à l'article 2, paragraphe 1, sous g), du même règlement comme des "mesure[s] de portée individuelle", n'est pas compatible avec l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus* » : TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc., pt. 69.

¹⁷⁹⁵ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la santé*, préc.

¹⁷⁹⁶ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc.

contestée, devant une juridiction nationale, la validité d'un règle de l'Union met en évidence la nécessité pour le Conseil d'État de consacrer, fût-ce par voie d'*obiter dictum*, son applicabilité à la contestation des actes nationaux d'exécution du droit conventionnel. Le double degré de perméabilité à l'invocabilité des accords mixtes, selon que sont contestés des actes unionaire ou nationaux d'exécution, serait difficile à maintenir dans la mesure où, depuis l'arrêt *GISTI et FAPIL*¹⁷⁹⁷, le Conseil d'État s'efforce d'aligner les conditions d'applicabilité du droit conventionnel sur les standards dégagés par la juridiction de Luxembourg¹⁷⁹⁸.

638. Certains facteurs relatifs aux propriétés des normes en conflit sont donc susceptibles de dissoudre le lien unissant en principe l'invocabilité du droit conventionnel, par les personnes privées, à leur effet direct. Cette dissociation est également possible lorsque des requérants privilégiés allèguent l'inconventionnalité de normes juridiques de l'Union européenne ou étatiques.

¹⁷⁹⁷ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

¹⁷⁹⁸ Pour une analyse de la convergence du déroulement de l'examen de l'effet direct des règles conventionnelles devant la Cour de justice et le Conseil d'État, V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2.

Section 2 : L'invocabilité motivée par le statut privilégié du requérant

639. Depuis les années 1990, la Cour de justice et le Conseil d'État ont développé une jurisprudence tendant à définir les conditions de l'invocabilité des accords internationaux applicables aux requérants privilégiés. Deux traits caractéristiques singularisent le régime de faveur dont ils bénéficient. D'une part, les traités dont les personnes privées peuvent se prévaloir sont *a fortiori* invocables par les requérants privilégiés¹⁷⁹⁹. D'autre part, les opérateurs institutionnels peuvent se prévaloir de règles conventionnelles non invocables par les personnes privées. L'étendue de ce privilège varie toutefois selon la nature de l'autorité requérante.

640. Les États peuvent obtenir l'application juridictionnelle de stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct dans le cadre d'un recours en annulation initié devant la Cour de justice et le Conseil d'État français (§ 1). La conditionnalité d'effet direct ne subordonne pas non plus l'invocabilité du droit conventionnel par la Commission dans le cadre de la procédure de manquement. Mais, au-delà, la Commission profite de la possibilité de se prévaloir devant la juridiction de l'Union de règles conventionnelles souffrant d'un défaut d'application réciproque, alors que celles-ci ne sont pas invocables par les États membres (§ 2). Toutefois, les incidences pratiques de l'invocabilité des accords OMC par l'institution de l'Union restent limitées, dans la mesure où la Commission ne conteste qu'exceptionnellement la conformité du droit des États membres aux règles conventionnelles soumises aux principes de réciprocité et d'avantages mutuels (§ 3).

¹⁷⁹⁹ Par exemple, le bénéfice de l'invocabilité de la Convention de Lomé, dégagée en faveur des personnes privées dans l'affaire *Bresciani* (CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani contre Amministrazione Italiana delle Finanze*, préc.), est étendu à la Commission européenne dans une affaire *Commission contre Grèce* (CJCE, 25 février 1988, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, préc.).

§ 1. L'accès favorisé des États à l'invocabilité du droit conventionnel dans le cadre du recours en annulation

641. Qu'ils agissent dans le cadre du recours en annulation contre un acte des institutions de l'Union ou dans le cadre du recours pour excès de pouvoir contre un acte émis par les autorités françaises, les États profitent d'un accès favorisé à la norme conventionnelle. L'effet direct tend à établir l'existence d'un droit affectant immédiatement la situation juridique des personnes privées. Il n'est en conséquence pas nécessaire de vérifier cette propriété de la norme internationale lorsqu'un État s'en prévaut¹⁸⁰⁰. L'invocabilité d'une règle internationale par un État est ainsi indifférente au rapport que cette règle entretient avec ses ressortissants.

642. Pour cette raison, la Cour de justice comme le Conseil d'État jugent que la conditionnalité d'effet direct ne peut pas subordonner l'invocabilité des accords internationaux par les États (A). La condition de réciprocité, en sa qualité de critère de l'applicabilité du droit conventionnel, peut en revanche s'opposer à l'invocabilité des instruments internationaux qui sont fondés sur le principe de réciprocité et d'avantages mutuels (B).

A. L'invocabilité détachée de l'effet direct dans le cadre du recours en annulation formé par les requérants privilégiés

643. Le recours en annulation formé par un requérant privilégié devant la Cour de justice pro voque un contrôle objectif de la légalité dans l'intérêt de la légalité des actes de droit de l'Union. La spécificité de ces actions initiées par les États membres et les institutions de l'Union est mise en évidence par Julianne Kokott dans ses conclusions sur l'affaire *Air transport association of America* : « *le droit international public fait partie intégrante du droit de l'Union et les requérants privilégiés dans le système des traités de l'Union européenne ne sont pas seulement habilités à invoquer leurs propres droits mais aussi à contribuer au contrôle de légalité des actes des institutions de l'Union dans l'intérêt général. Cet intérêt inclut notamment, conformément à l'article 3, paragraphe 5, deuxième phrase, le*

¹⁸⁰⁰ Olivier DUBOS, David KATZ, « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'État », préc., p. 24.

strict respect du droit international »¹⁸⁰¹. À ce titre, il ne leur est pas imposé de justifier d'un quelconque intérêt à agir¹⁸⁰². Ce *locus standi* privilégié permettant aux acteurs institutionnels de s'ériger en « *gardiens objectifs de la légalité communautaire* »¹⁸⁰³ bénéficie à la Commission, aux États membres, au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne¹⁸⁰⁴. Au contraire, la Cour des comptes, la Banque centrale européenne et le Comité des régions ne peuvent agir que pour la sauvegarde des prérogatives qui leur sont conférées par les Traités institutifs.

644. Le recours pour excès de pouvoir formé par des États tiers devant le Conseil d'État présente la même nature objective. Le droit des États tiers de contester la légalité des actes juridiques émis par les autorités administratives françaises ne relevait pour autant pas initialement de l'évidence. Jacques Dehaussy soutenait ainsi en 1991 que « *l'État étranger ne saurait [...] apparaître devant les juges administratifs en qualité de demandeur. Car s'il émet une revendication juridique à l'encontre de la puissance publique française, il s'agit d'un différend interétatique, qui ne peut le cas échéant, trouver de solution que par un mode international de règlement* »¹⁸⁰⁵. Au contraire, dans ses conclusions sur l'arrêt *Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*¹⁸⁰⁶, le président Christian Vigouroux invitait l'assemblée du contentieux à reconnaître la requête recevable, en soulignant qu'« *en l'espèce, le Royaume-Uni vient devant le juge administratif français parce qu'il conteste un acte administratif français au nom du droit français* »¹⁸⁰⁷. La maxime latine fondant l'immunité des États par in

¹⁸⁰¹ Julianne KOKOTT, 10 octobre 2010, conclusions sur CJUE, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 75.

¹⁸⁰² Un État membre peut par exemple demander l'annulation d'une décision pourtant adressée à un autre État membre : CJCE, 21 mars 1955, *Royaume des Pays Bas contre Commission des Communautés européennes du charbon et de l'acier*, 9/54, Rec. p. 201.

¹⁸⁰³ Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 392.

¹⁸⁰⁴ Pour bien distinguer les opérateurs constitutionnels privilégiés des requérants ordinaires, la Cour affirme que « [q]uant aux doutes exprimés par le Conseil sur la recevabilité du recours, au regard de l'intérêt pour agir de la commission, il suffit de constater que l'article 173 [actuel 263 TFUE] du Traité fait une distinction nette entre le recours des institutions communautaires et des États membres, d'une part, et celui des personnes physiques ou morales, de l'autre, l'alinéa 1 de cet article ouvrant à la commission et à tout État membre le droit de contester, par un recours en annulation, la légalité de tout règlement du Conseil, sans que l'exercice de ce droit soit conditionné par la justification d'un intérêt pour agir » : CJCE, 26 mars 1987, *Commission contre Conseil*, 45/86, Rec. p. 1493, pt. 3 ; V. également : CJCE, 23 février 1988, *Royaume Uni contre Conseil*, 68/86, Rec. p. 905, pt. 6.

¹⁸⁰⁵ Jacques DEHAUSSY, « Le statut de l'État étranger demandeur sur le for français : Droit international coutumier et droit interne », *J.D.I. (Clunet)*, 1991, pp. 109-129 (111).

¹⁸⁰⁶ CE, ass., 15 octobre 1993, *Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie royale de Hong-Kong*, Leb. p. 267.

¹⁸⁰⁷ La Convention d'extradition franco-britannique est entendue par Christian Vigouroux comme une composante du droit français.

parem non habet jurisdictionem *ne saurait trouver d'effets quand l'État étranger choisit de s'en remettre à la juridiction française* »¹⁸⁰⁸. Il fut suivi par le Conseil d'État sur ce point. Il assimilait ensuite le recours pour excès de pouvoir formé par un État tiers au contentieux objectif de la légalité, en affirmant que « *le Royaume-Uni ne recherche nulle "réparation", ou "satisfaction" au sens du droit international mais entend seulement soumettre une question de légalité d'une décision administrative au juge compétent* »¹⁸⁰⁹. La chose est entendue, un recours pour excès de pouvoir formé par un État tiers ne peut s'analyser comme un différend interétatique et il occasionne un contrôle objectif de la légalité des actes juridiques français.

645. Il s'agit maintenant d'établir comment l'effet direct s'avère conséquemment dispensable tant dans les recours en annulation (1), que dans les recours pour excès de pouvoir (2) initiés par des États.

1) Le recours en annulation unionaire sur requête étatique

646. L'invocabilité des accords internationaux par les États membres a été détachée de l'aptitude de leurs stipulations à produire un effet direct lors de l'arrêt *Royaume des Pays-Bas contre Conseil*¹⁸¹⁰. En l'espèce, le Royaume des Pays Bas a été autorisé à se prévaloir de la Convention sur la biodiversité¹⁸¹¹, alors même qu'elle n'avait pas vocation à être porteuse de droits subjectifs, afin de contester la légalité de la directive 98/44 relative à la protection des inventions biotechnologiques¹⁸¹². Après avoir expliqué que la Convention sur la diversité biologique était susceptible de bénéficier de l'invocabilité *FEDIOL*, l'avocat général Francis Jacobs proposait une solution plus ambitieuse en expliquant « *qu'il est de toute façon souhaitable, d'un point de vue politique, que la Cour soit en mesure de contrôler la légalité de la réglementation communautaire au regard de traités qui lient la Communauté. Aucune*

¹⁸⁰⁸ Christian VIGOUROUX, « La contestation par un État étranger d'un refus d'extradition », conclusions sur CE, ass., *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong, R.F.D.A.*, 1993, pp. 1179-1192 (1187).

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 1189.

¹⁸¹⁰ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc.

¹⁸¹¹ Convention sur la diversité biologique signée à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, approuvée au nom de la Communauté européenne par la Décision 93/626/CEE du Conseil, du 25 octobre 1993, *JO*, L 309, p. 1.

¹⁸¹² Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *JO*, L 213, 30 juillet 1998, pp. 13-21.

autre juridiction n'est en mesure de contrôler cette réglementation ; donc, si votre Cour décline cette compétence, les États membres risquent de faire face à des obligations incompatibles sans disposer d'aucun moyen de résoudre ce problème »¹⁸¹³. La solution défendue par l'avocat général visait à permettre aux États membres de contester leur assujettissement à des normes unionnaires incompatibles avec leurs obligations internationales, pourvues ou non de l'effet direct.

647. La Cour a suivi les conclusions de son avocat général, et a jugé que si la Convention sur la biodiversité contient « des dispositions dépourvues d'effet direct, en ce sens qu'elles ne créeraient pas de droits que les particuliers pourraient invoquer directement en justice, cette circonstance ne constitue pas un obstacle au contrôle par le juge du respect des obligations qui s'imposent à la Communauté en tant que partie à cet accord »¹⁸¹⁴. En conséquence, la Cour de justice de l'Union a logiquement estimé que l'intérêt dans lequel agissaient les requérants étatiques – la préservation de la légalité communautaire – justifiait l'invocabilité de toute règle conventionnelle en vigueur, à condition qu'elle ne soit « pas strictement fondée sur le principe de la réciprocité et des avantages mutuels »¹⁸¹⁵. Tim Corthaut et Koen Lenaerts ont en ce sens relevé que « [a]s long as an obligation can be identified, as long as a behavioural norm for the Community can be derived from an international agreement, this agreement can serve as a norm for reference when the validity of EC law is at stake »¹⁸¹⁶. Le vice-président de la Cour de justice a toutefois estimé par la suite que « la jurisprudence [Intertanko] a certainement clos cette éventualité de contrôle objectif »¹⁸¹⁷. Cependant, exiger d'un accord qu'il soit créateur de droits subjectifs pour être invocable par des personnes privées, comme ce fut le cas dans la jurisprudence *Intertanko*, n'implique pas nécessairement que son invocabilité par un requérant privilégié soit soumise au même filtre¹⁸¹⁸.

¹⁸¹³ Francis G. JACOBS, 14 juin 2001, conclusions sur CJCE, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 147.

¹⁸¹⁴ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 54.

¹⁸¹⁵ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 53.

¹⁸¹⁶ Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 298. Traduction : « aussi longtemps qu'une obligation peut être identifiée, aussi longtemps qu'une règle comportementale procède d'un accord international, cet accord peut servir de norme de référence lorsque la validité d'un acte communautaire est contestée ».

¹⁸¹⁷ Koen LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », préc., p. 518.

¹⁸¹⁸ Dans le sillage des idées développées dans ses conclusions sur l'affaire *Intertanko*, Julianne KOKOTT observe, à propos de l'exigence de l'aptitude de la norme conventionnelle à porter un droit subjectif, que « *if privileged applicants under Article 263 paragraph 2 TFEU bring an action for annulment arguing that a Union act is in breach with EU obligations under international law, this obligation would be misplaced. Privileged*

648. Mais en réalité, la Cour a accordé une importance majeure à un second argument pour admettre l'invocabilité sans effet direct de la Convention sur la diversité biologique : il s'agissait d'un conflit d'obligations extranationales dans l'ordre juridique de l'État requérant. Elle a ainsi précisé que « *le moyen de la requête doit être compris comme étant dirigé non pas tant contre une violation directe par la Communauté de ses engagements internationaux que contre l'obligation qui serait faite aux États membres, par la directive, de violer leurs propres obligations de droit international, alors que la directive est supposée, selon ses propres termes, ne pas affecter ces obligations* »¹⁸¹⁹. C'était donc davantage la volonté de ne pas placer les États membres en porte-à-faux avec leurs obligations conventionnelles, qu'une intention de mettre le droit dérivé de l'Union en conformité avec les prescriptions des accords internationaux s'imposant à elle, qui a motivé l'invocabilité simplifiée de la Convention sur la diversité biologique¹⁸²⁰. Cette motivation explique l'absence de référence à l'article 216, paragraphe 2 du TFUE dans l'arrêt *Pays-Bas contre Conseil* que Mario Mendez a relevé dans sa thèse de doctorat. Elle fragilise en même temps l'analyse qu'il a délivré de cet arrêt, lorsqu'il estimait que la Cour a agi à sa faveur en servante du droit international, toute attachée à veiller au respect par le législateur de l'Union de ses obligations conventionnelles¹⁸²¹. Ainsi, le point nodal de la solution adoptée par la Cour se situait

applicants do not claim their rights but contribute generally to the control of lawfulness of the acts of EU institutions including the strict observance of international law », (« International Law – A neglected “integral” part of the EU legal order? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, op. cit.*, p. 79). Traduction : « si les requérants privilégiés initient un recours en annulation sur le fondement de l'article 263 paragraphe 2 du TFUE, en alléguant qu'un acte de l'Union viole certaines obligations internationales qui s'imposent à l'Union européenne, cette exigence serait déplacée. Les requérants privilégiés ne revendiquent pas l'application de l'un de leurs droits, mais contribuent généralement au contrôle de la légalité des actes des institutions de l'Union, ce qui inclut le contrôle du strict respect du droit international ».

¹⁸¹⁹ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 55.

¹⁸²⁰ Piet ECKHOUT observe que la Cour analyse la requête du Royaume des Pays-Bas de la manière qui suit : « *the Netherlands' plea should be understood as being directed, not so much at a direct breach by the Community of its international obligations, as at an obligation imposed on the Member States by the directive to breach their own obligations under international law* », (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations, op. cit.*, p. 351). Traduction : « la requête de la Hollande doit être comprise comme se dirigeant, non pas tant contre une violation directe des obligations internationales de la Communauté, mais contre l'obligation imposée par la directive aux États membres de violer ses propres obligations de droit international ».

¹⁸²¹ Mario MENDEZ explique ainsi que « [t]he ECJ here appeared to position itself as the handmaiden of the international legal order, there to ensure that the EU legislative actors made good on the international commitments which they have voluntarily assumed », (*The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques, op. cit.*, p. 266). Traduction : « La Cour de justice s'est alors comportée comme l'homme de main de l'ordre juridique international, soucieux de garantir que le législateur de l'Union s'est conformé aux engagements auxquels il a volontairement consenti ». V. également, Mario MENDEZ,

davantage dans la nécessité de concilier les obligations extranationales des États membres qui s'imposent aux États membres, que dans une volonté affirmée de sanctionner les actes internationalement illicites commis par les institutions de l'Union¹⁸²². Ici, la juridiction de l'Union défend plus l'obligation de coopération loyale entre les institutions de l'Union et ses États membres, que la hiérarchie de normes et la prévalence du droit conventionnel sur le droit dérivé.

649. Il convient de noter que Frédéric Schmied a déduit de l'absence de suites à l'arrêt *Royaume de Pays-Bas contre Conseil* l'abandon de l'invocabilité d'éviction du droit conventionnel par les requérants privilégiés¹⁸²³. Cette conclusion apparaît quelque peu hâtive, dans la mesure où l'isolement dudit arrêt procède en vérité du caractère exceptionnel des recours en annulation initiés par des requérants privilégiés qui sont fondés sur des moyens d'inconventionnalité ne relevant pas du droit de l'OMC. La Cour n'a en effet pas été saisie d'un tel recours depuis 2001, il est alors inopportun d'évoquer l'abandon d'une solution qui, pour isolée qu'elle soit, n'a jamais été explicitement démentie. De nombreuses références à la solution *Biotech*¹⁸²⁴ se trouvent d'ailleurs dans les récentes conclusions de l'avocat général Jääskinen sur l'arrêt *Vereniging Milieudefensie*. Il présente ainsi un argumentaire en faveur d'un assouplissement des conditions d'invocabilité du droit conventionnel inspiré de « l'approche retenue dans l'arrêt dit "Biotech", lequel a expressément exclu que l'effet direct fût une condition universelle d'invocabilité dans le cadre du contrôle de légalité »¹⁸²⁵. Il en ressort que, selon certains membres de la Cour de justice, l'invocabilité *Biotech* n'est pas tombée en désuétude.

« The legal effect of Community Agreements: Maximalist Treaty enforcement and judicial avoidance techniques », préc., p. 98.

¹⁸²² Marise CREMONA explique ainsi que « *the real issue was not whether Community legislation complied with the agreement, but rather whether the Directive required the Member States to breach their international law obligations* », (« External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law », in Xenios XENOPOULOS (dir.), *External relations of the EU and the member states: competence, mixed agreements, international responsibility, and effects of international law*, FIDE 2006 national reports, Nicosia, 2006, pp. 319-360 (352-353)). Traduction : « Le vrai problème n'était pas de savoir si la législation était conforme à l'accord international, mais plutôt d'établir si la directive contraignait les États membres à violer leurs obligations de droit international ».

¹⁸²³ Frédéric SCHMIED, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, op. cit., p. 106.

¹⁸²⁴ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc.

¹⁸²⁵ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 10.

2) Le recours pour excès de pouvoir sur requête étatique

650. La dynamique de dissolution du couple invocabilité/ effet direct du droit conventionnel se retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'État lorsqu'un État tiers allègue la violation de ce droit par une autorité normative française. Ainsi, dans l'arrêt *Royaume Uni de Grande Bretagne et Gouverneur de Hong-Kong*¹⁸²⁶, la haute juridiction administrative agréée l'invocabilité de la Convention d'extradition britannique par le Royaume-Uni qui contestait sur son fondement la légalité de la décision implicite de refus d'extradition de M. Saniman prise par le Garde des Sceaux français. Dans une telle hypothèse où est admise « la mise en cause par un État étranger de la violation par la France de ses obligations internationales »¹⁸²⁷, l'objet de la Convention d'extradition – la régulation des rapports entre États parties – ne peut constituer un motif d'exclusion de son invocabilité. Les États parties sont en effet tout à la fois créanciers et débiteurs des obligations portées par les accords d'extradition et ne peuvent être assimilés, comme ce fut le cas pour les individus dans l'affaire *Garcia-Henriquez*¹⁸²⁸, à des tiers à la Convention. Dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, le Commissaire du gouvernement Ronny Abraham soutenait cette analyse lorsqu'il affirmait qu'« [e]n ce qui concerne les stipulations dont l'objet même est de régler les rapports entre les États parties, il paraît fort logique de dénier aux particuliers la possibilité de s'en prévaloir, et c'est bien ce que vous faites. Cela ne signifie pas cependant qu'elles ne puissent en aucun cas être invoquées devant le juge interne. Car vous admettez, en effet, depuis votre important arrêt d'Assemblée du 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* [...] qu'un État étranger est recevable à se pourvoir devant vous contre une décision du gouvernement français qui lui fait grief, tel un refus d'extradition, et il se peut que ce pourvoi soit fondé notamment sur la méconnaissance d'un engagement international liant la France à l'État requérant... »¹⁸²⁹. En réalité, le sens même

¹⁸²⁶ CE, ass., 15 octobre 1993, *Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie royale de Hong-Kong*, préc.

¹⁸²⁷ Denis ALLAND, « Extradition », préc., p. 1021.

¹⁸²⁸ Rappelons que le Conseil d'État jugeait dans cette affaire que les stipulations « qui prévoient la consultation du gouvernement colombien lorsque l'extradition d'un de ses ressortissants est demandée par un pays tiers, créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés » : CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, préc.

¹⁸²⁹ Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc., p. 594.

de l'effet direct, la création de droits et obligations « *pour des particuliers* »¹⁸³⁰ exclut son opposabilité aux États et aux organisations internationales. Pour qu'une convention internationale soit invocable par un État tiers, il suffit en définitive qu'elle « *lie valablement [l'État] dans l'ordre juridique international, et qu'elle soit régulièrement applicable dans l'ordre juridique interne* »¹⁸³¹.

651. Cette solution est confirmée dans l'arrêt *Confédération helvétique*¹⁸³² à la faveur duquel le Conseil d'État a censuré la décision gouvernementale de retirer les décrets accordant aux autorités suisses l'extradition de deux ressortissants iraniens recherchés pour assassinat. En l'espèce, le gouvernement suisse fut donc admis à invoquer la Convention européenne d'extradition, en dépit de son défaut d'effet direct.

652. La très haute juridiction administrative a pu être incitée à admettre l'invocabilité du droit conventionnel sans effet direct par la prise en considération de l'immédiateté de l'action en responsabilité internationale qui serait initiée par l'État tiers, dans l'hypothèse où elle ne sanctionnerait pas sa violation. Frédéric Dopagne a en ce sens observé que « *l'État étranger comme l'organisation internationale [...] se distinguent du particulier [...] en ce que, lorsque le bénéfice du droit international leur est refusé par le juge belge, la responsabilité internationale de la Belgique – dont le juge est l'organe – est immédiatement en cause* »¹⁸³³. L'engagement de la responsabilité internationale de l'État est moins probable lorsque le juge interne n'accorde pas à un particulier l'invocabilité du droit international, dans la mesure où la sanction de sa violation par le biais de l'engagement de sa responsabilité internationale suppose en principe l'exercice d'une action en protection diplomatique par l'État dont il est un ressortissant.

653. En définitive, la non opposabilité du filtre de l'effet direct aux requérants institutionnels agissant devant le juge de l'annulation est bienvenue, car elle permet de préserver le caractère objectif de ce type de recours.

¹⁸³⁰ CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, préc., p. 18.

¹⁸³¹ Frédéric DOPAGNE, « L'effet direct est-il une condition de la primauté du droit international sur le droit belge ? », *R.B.D.I.*, 2012, pp. 463-471 (467).

¹⁸³² CE, 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, *Leb.* p. 549.

¹⁸³³ Frédéric DOPAGNE, « L'effet direct est-il une condition de la primauté du droit international sur le droit belge ? », préc., p. 467.

B. L'invocabilité attachée à la réciprocité d'application dans le cadre des recours en annulation formés par les requérants privilégiés

654. Si l'on prête attention à l'argument employé par la Cour pour dégager l'invocabilité sans effet direct de la Convention sur la biodiversité dans l'affaire *Biotech*¹⁸³⁴, force est d'admettre qu'il pourrait constituer l'assise de l'invocabilité sans réciprocité d'application des accords OMC. En effet, le droit des États membres de se prévaloir des accords mixtes tels les accords OMC présente une importance majeure dès lors qu'ils lient tant les institutions de l'Union que les États membres. S'ils ne sont pas en capacité de contester la conventionnalité des actes émis par les institutions de l'Union, les États membres peuvent se trouver contraints de violer leurs obligations internationales pour se conformer à la législation de l'Union européenne¹⁸³⁵.

655. Mais la Cour juge avec constance que la nature et l'économie des accords OMC les distinguent des autres engagements internationaux liant l'Union¹⁸³⁶, car leur structure se fonde sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels¹⁸³⁷. Elle en tire pour conséquence que les accords OMC ne sont pas utilement invocables par les États membres. Ce n'est donc pas le défaut d'effet direct, mais l'inapplicabilité de ces accords, qui s'oppose à leur invocabilité dans le cadre du contrôle de la légalité des actes de l'Union. En dépit des conclusions contraires de l'avocat général Saggio¹⁸³⁸, la juridiction de l'Union considère en effet dans l'affaire *Portugal contre Conseil* que « *compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour*

¹⁸³⁴ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc.

¹⁸³⁵ Julianne KOKOTT, Thomas DIEHN, « Casenote: ECJ, Case C-377/98, Kingdom of the Netherlands v. European Parliament & Council of the European Union », *AJIL*, 2002, pp. 950-955 (954).

¹⁸³⁶ Pour une présentation de la spécificité du statut des accords OMC dans l'ordre juridique de l'Union, V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 3.

¹⁸³⁷ CJCE, 5 octobre 1994, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, préc. ; CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 47.

¹⁸³⁸ L'avocat général Antonino SAGGIO estime ainsi que « [s]uscite une perplexité encore plus grande l'impossibilité de se prévaloir des mêmes dispositions du GATT, toujours en tant que critère de légalité, pour les sujets privilégiés tels que les États membres dans les procédures de recours directs fondés sur l'article 173 du traité [actuel article 263 du TFUE]. En effet, on ne voit pas pourquoi il faudrait subordonner le fonctionnement de la convention internationale, en tant que paramètre de légalité d'actes communautaires, à des conditions qui sont d'ordinaire exigées, dans le cadre spécifique de l'ordre communautaire, pour reconnaître l'applicabilité directe des dispositions des conventions internationales conclues par la Communauté » : conclusions du 25 février 1999, sur CJCE, 23 novembre 1999, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 18.

contrôle la légalité des actes des institutions communautaires »¹⁸³⁹. La préservation de la marge de négociation des institutions de l'Union, nécessaire au règlement des différends relatifs à l'application des règles OMC dans l'ordre international, incite la Cour de justice à refuser de les utiliser comme normes de référence, même dans l'hypothèse où le contrôle de conventionnalité des actes de droit dérivé est sollicité par les États membres¹⁸⁴⁰. Jean-Victor Louis observe que cet alignement du traitement des requêtes individuelles et étatiques « met en cause le rôle des États membres comme gardiens de la légalité, ce qui leur confère d'ailleurs le statut de requérant privilégié »¹⁸⁴¹. Comme le note Aurore Laget-Annamayer, « [c]ette orientation s'appuie donc davantage sur l'équilibre institutionnel au sein de la Communauté qu'il faut nécessairement préserver »¹⁸⁴². Dans la définition de cet équilibre, la Cour de justice favorise les institutions de l'Union, de sorte que les États membres se trouvent dessaisis de la capacité processuelle de contester de la conformité des actes unionnaires aux règles OMC.

656. Plus hypothétiquement, une exception à l'absence d'invocabilité des accords OMC pourrait être envisagée. Rass Holdgaard considère ainsi que la Commission pourrait bénéficier du statut de requérant « *extra privilégié* » dans l'hypothèse où elle invoquerait ces accords¹⁸⁴³. Ainsi, le traitement contentieux des requêtes de la Commission devrait prendre en considération son rôle de gardienne de la légalité de l'Union qui lui est attribué par l'article du 17 du TUE. Et la Commission aurait dans ces conditions qualité pour invoquer le droit OMC à l'encontre de toute législation communautaire. Il a en effet été dit que le défaut d'invocabilité de ces accords procède du souci de préservation de la marge de manœuvre des institutions de l'Union dans leurs négociations internationales avec les grands partenaires commerciaux de l'Union¹⁸⁴⁴. Or, cet argument semble difficilement opposable à la Commission, dès lors que l'invocation de ces accords par cette institution peut être analysée

¹⁸³⁹ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, précontre, pt. 47.

¹⁸⁴⁰ V. Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 299.

¹⁸⁴¹ Jean-Victor LOUIS « L'insertion des accords internationaux dans l'ordre juridique de la Communauté et des États membres », in Marianne DONY, Jean-Victor LOUIS, (dir.), *Le droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne. Commentaire Mégret. Tome 12 : Relations extérieures*, op. cit., p. 124.

¹⁸⁴² Aurore LAGET-ANNAMAYER, « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », préc., p. 262.

¹⁸⁴³ Rass HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, op. cit., p. 259.

¹⁸⁴⁴ Pour une présentation exhaustive des causes de la subordination de l'invocabilité des accords OMC à la réciprocité d'application, V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2.

comme une renonciation à la marge de manœuvre qui lui est offerte pour parvenir à négocier la solution des différends dans l'ordre international.

657. Il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel de la jurisprudence, les requérants étatiques qui ont contesté la légalité des actes communautaires sur le fondement des accords OMC se sont heurtés au refus de leur invocabilité. L'invocabilité desdits accords par la Commission à l'encontre des États membres témoigne par conséquent d'un déséquilibre contestable dans la systématique des voies de droit de l'Union européenne.

§2. L'accès intégral de la Commission à l'invocabilité du droit conventionnel dans le cadre du recours en manquement

658. Le recours en manquement est traditionnellement présenté comme une procédure objective. Christophe Soulard et Anne Rigaux ont ainsi récemment rappelé que « [l]'originalité du recours en constatation de manquement repose sur son caractère objectif. [...] Cette nature particulière du recours en manquement, vis[e] à éliminer une violation du droit de l'Union et à rétablir "la légalité communautaire" »¹⁸⁴⁵.

659. La Commission¹⁸⁴⁶ et les États membres¹⁸⁴⁷ peuvent saisir la Cour de justice afin de lui faire constater une méconnaissance du droit de l'Union par les autorités normatives étatiques. Bien qu'initialement classifié dans le plein contentieux dans le cadre de la CECA¹⁸⁴⁸, le recours en manquement a subi d'importantes mutations au point d'être aujourd'hui analysé comme un contentieux objectif. L'avocat général Roemer soutenait déjà

¹⁸⁴⁵ Christophe SOULARD, Anne RIGAUX, Rodolphe MUÑOZ, *Contentieux de l'Union européenne 3 : Renvoi préjudiciel, Recours en manquement*, Paris, Lamy, 2011, p. 132.

¹⁸⁴⁶ Sur le fondement de l'article 258 TFUE. La Cour de justice considère ainsi que « dans l'exercice des compétences qu'elle tient des articles 155 [actuel article 17 § 1 TUE] et 169 [actuel article 258 TFUE] du traité la Commission n'a pas à démontrer un intérêt à agir, puisque dans l'intérêt général de l'Union elle a, d'office, pour mission de veiller à l'application du traité par les États membres et de faire constater, en vue de leur cessation, l'existence de manquement » : CJCE, 4 avril 1974, *Commission contre France*, 167/73, *Rec.* p. 359 ; CJCE, 25 avril 2002, *Commission contre France*, C-418 et 419/00, *Rec.* p. I-3969.

¹⁸⁴⁷ Sur le fondement de l'article 259 TFUE. Les États privilégiant la voie diplomatique pour régler leurs différends, les affaires ayant conduit à opposer deux États à l'occasion d'une procédure de manquement sont rares. On en dénombre trois : CJCE, 4 octobre 1979, *France contre Royaume-Uni*, 141/78, *Rec.* p. 2923 ; CJCE, 16 mai 2000, *Belgique contre Espagne*, C-388/95, *Rec.* p. I-3123 ; CJCE, Gde chbre, 16 septembre 2006, *Espagne contre Royaume-Uni*, C-145/04, *Rec.* p. 7917.

¹⁸⁴⁸ V. notamment l'analyse délivrée par l'avocat général Maurice LAGRANGE, faisant état des larges pouvoirs de la Cour de justice dans le cadre du recours en manquement, (29 novembre 1961, conclusions sur CJCE, *Commission contre Italie*, 7/61, *Rec.* p. 635, (670)).

en 1971 que lorsque la Cour est appelée à se prononcer dans une procédure de manquement, « [i]l ne s'agit pas de questions de culpabilité ni de morale, mais de la mise au point d'une situation juridique »¹⁸⁴⁹. Frédérique Berrod a aussi souligné que « l'objectivisation du recours en manquement le rapproche bien plus du contrôle de la légalité que d'un recours de plein contentieux. C'est en ce sens qu'on peut le classer dans le contentieux de la légalité dont l'objet principal est l'appréciation de la régularité des actes étatiques par rapport au droit communautaire »¹⁸⁵⁰. Divers éléments plaident en effet pour le rattachement du recours en manquement au contentieux objectif : aucune faute et aucun préjudice ne sont exigés pour actionner la procédure¹⁸⁵¹, aucun intérêt n'est davantage à justifier par les États membres ou la Commission à cette fin¹⁸⁵². Il n'est donc guère surprenant que les filtres conditionnant l'invocabilité soient inexistantes.

660. En l'absence de jurisprudence pertinente, l'identification des critères d'invocabilité qui subordonnent le droit des États de se prévaloir d'un accord international dans le cadre d'un recours en manquement est délicate. L'affaire de *l'Usine MOX* démontre qu'un État membre peut avoir un intérêt à alléguer la violation par un autre État de ses obligations devant la Cour de justice¹⁸⁵³. À la suite de *Rass Holdgaard*¹⁸⁵⁴, on peut avancer que, dans l'hypothèse d'un tel recours, un régime d'invocabilité simplifiée, similaire à celui défini par la Cour dans le cadre

¹⁸⁴⁹ Karl ROEMER, 18 novembre 1971, conclusions sur CJCE, *Commission contre République française*, 7/71, *Rec.* p. 1023 (1035).

¹⁸⁵⁰ Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁸⁵¹ CJCE, 14 décembre 1971, *Commission contre République française*, 7/71, *Rec.* p. 1021.

¹⁸⁵² CJCE, 4 avril 1974, *Commission contre République française*, préc.

¹⁸⁵³ La procédure initiée par la Commission entendait sanctionner la République d'Irlande qui avait saisi un Tribunal arbitral pour obtenir la condamnation du Royaume-Uni pour violation de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (signée à Paris le 22 septembre 1992, approuvée au nom de la Communauté par la décision 98/249/CE du Conseil, du 7 octobre 1997, *JO* 1998, L 104, p. 1). La Cour juge ainsi que « les dispositions de la Convention invoquées par l'Irlande dans le cadre du différend relatif à l'usine MOX soumis au Tribunal arbitral constituent des règles faisant partie de l'ordre juridique communautaire. Partant, la Cour est compétente pour connaître des différends relatifs à l'interprétation et à l'application desdites dispositions ainsi que pour en apprécier le respect par un État membre ». Partant, l'Irlande est invitée à former un recours en manquement afin de porter à sa connaissance les allégations de violation par un autre État membre des obligations tirées d'un accord mixte relevant du champ d'application du droit de l'Union. CJCE, Gde chbre, 30 mai 2006, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, préc., pt. 121.

¹⁸⁵⁴ RASS HOLDGAARD explique ainsi que, dans le cadre du recours en manquement, « it must be expected that the ECJ would set the same standards for direct effect as those applied in other situations where Member States rely on international law. Alternatively, if the ECJ distinguished between the criteria for invocability according to whether action is brought by Member State against an institution of another Member State, it could lead to a disuniform application of Community law », (*External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, *op. cit.*, p. 260). Traduction : « On doit s'attendre à ce que la Cour de justice s'appuie sur les critères d'invocabilité identiques à ceux qu'elle a appliqués dans d'autres situations dans lesquelles les États membres invoquaient du droit international. Dans le cas contraire, si la Cour distinguait les critères d'invocabilité selon que l'action soit intentée contre une institution, ou un autre État membre, cela pourrait conduire à une application fragmentée du droit communautaire ».

du recours en annulation à l'occasion de l'arrêt *Royaume des Pays-Bas contre Conseil*¹⁸⁵⁵, serait retenu.

661. Les recours en manquement formés par la Commission pour violation du droit conventionnel sont plus nombreux. Dans le cadre des recours en manquement introduits par l'institution gardienne des Traités, l'effet direct ainsi que l'application réciproque des accords internationaux n'est pas indispensable à leur invocabilité. De sorte que la Commission bénéficie systématiquement de l'invocabilité des obligations conventionnelles liant les institutions de l'Union et ses États membres. Le statut privilégié de la Commission se vérifie lorsqu'elle se prévaut des accords GATT et OMC (A), des accords d'association et de coopération (B), des accords environnementaux (C), ainsi que des conventions de protection des droits sociaux (D).

A. Invocabilité des accords GATT et OMC

662. Dans son arrêt *Commission contre Allemagne*¹⁸⁵⁶, la Cour de justice a accordé à la Commission le droit de se prévaloir des accords GATT. En l'espèce, un recours en manquement avait été initié contre l'Allemagne pour méconnaissance de l'arrangement sur le secteur laitier conclu sous l'égide du GATT¹⁸⁵⁷. Et la Cour a jugé que « *conformément à l'article 155 du Traité CE [actuel 17 du TUE], il incombe à la Commission de veiller à l'application des dispositions du Traité et donc au respect d'un accord international conclu par la Communauté qui, en vertu de l'article 228 de ce même Traité [actuel 216 du TFUE], lie les institutions de cette dernière et les États membres. Le bon accomplissement de cette tâche par la Commission suppose que le pouvoir qu'elle tient de l'article 169 du traité [actuel 258 du TFUE] et qui lui permet de saisir la Cour en cas de manquement par un État membre aux obligations qui lui incombent en vertu de l'accord ne soit pas entravé* »¹⁸⁵⁸. Admettant tacitement l'invocabilité de l'accord, la Cour a examiné sur le fond la conformité de la législation allemande à l'une de ses stipulations, pour conclure que « *l'article 6 des annexes*

¹⁸⁵⁵ CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, préc., pt. 121.

¹⁸⁵⁶ CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc.

¹⁸⁵⁷ Accords multilatéraux résultant des négociations commerciales de 1973-1979 (GATT) – Arrangement international concernant le secteur laitier, JO L 71, 17 mars 1980, pp. 11-28.

¹⁸⁵⁸ CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 15.

s'opposait à ce que la République fédérale d'Allemagne autorisât les importations de produits laitiers à des prix inférieurs aux prix minimaux »¹⁸⁵⁹.

663. À ce jour, aucun recours en manquement alléguant la violation d'une règle OMC n'a de nouveau été formé à l'encontre des États membres de l'Union. Mais il existe un consensus doctrinal pour convenir que dans une telle hypothèse, l'invocabilité de l'accord OMC serait admise. Paul Craig et Grainne de Búrca estiment ainsi que « *the ECJ may hear proceedings brought against Member States under Article 258 on the ground of their obligations under an International Agreement which is binding on the EU. This is true also with regards to the WTO agreements even though, [...] they are not among the rules which member States may invoke to plead illegality of EU acts* »¹⁸⁶⁰. L'avocat général Poiares Maduro considère également que « *les accords [OMC] peuvent également servir de base à la condamnation d'un État membre en manquement. Cette solution se comprend elle aussi aisément. L'absence d'acte communautaire contraire au droit de l'OMC révèle la volonté des institutions de s'y conformer. Dès lors, un État membre ne saurait unilatéralement se soustraire aux obligations qui en découlent* »¹⁸⁶¹. La Cour de justice accorde donc à la Commission le droit d'invoquer le droit de l'OMC dans le cadre de la procédure de manquement, alors même que ce droit est régi par les principes de réciprocité et d'avantages mutuels.

B. Invocabilité des accords d'association et de coopération

664. Dès 1988, un arrêt *Commission contre Grèce* laissait déjà supposer la volonté de la Cour de généraliser l'invocabilité des accords d'association et de coopération dans le cadre du recours en manquement¹⁸⁶². La Cour a condamné la République hellénique qui avait violé les

¹⁸⁵⁹ CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 39.

¹⁸⁶⁰ Paul CRAIG, Grainne DE BÚRCA, *EU Law : Texts, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 5th éd., 2011, p. 353. Traduction : « La Cour de justice peut traiter les procédures initiées contre les États membres sur le fondement de l'article 258 pour vérifier le respect de leurs obligations tirées des accords internationaux qui lient l'Union européenne. Cela est vrai pour ce qui concerne les accords OMC même si, [...] ils sont parmi les règles que les États ne peuvent pas invoquer pour contester la légalité des actes de l'Union ». V. également, Pieter-Jan KUIJPER, « From Initiating Proceedings to Ensuring Implementation: The Links with the Community Legal Order », in SACERDOTI (G.), YANOVICH (A.), BOHANES (J.), (dir.), *The WTO at ten*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 266-281 (271-272).

¹⁸⁶¹ Luis Miguel POIARES MADURO, 20 février 2008, conclusions sur CJCE, *FIAMM*, préc., pt. 40.

¹⁸⁶² CJCE, 25 février 1988, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, préc., pt. 28.

obligations que lui imposait l'article 3, paragraphe 1 de la Convention de Lomé¹⁸⁶³, en prohibant les importations des bananes produites dans les pays ACP. Mais l'effet direct des accords ACP avait cependant été préalablement établi dans l'arrêt *Bresciani*¹⁸⁶⁴. Si bien que la dissociation du couple invocabilité/ effet direct dans le cadre du recours en manquement restait incertaine.

665. Dans un recours en manquement dirigé contre l'Irlande en 2002¹⁸⁶⁵, la Cour de justice n'a pas soumis l'invocabilité de la Convention de Berne et de l'accord sur l'espace économique européen¹⁸⁶⁶ au filtre de l'effet direct. Dans cette affaire, la Cour a jeté les bases d'une doctrine qu'elle a par la suite appliquée avec constance, qui tend à reconnaître automatiquement l'invocabilité des accords de coopération et d'association dans le cadre de la procédure de manquement. Depuis l'arrêt *Commission contre Irlande*, la majeure partie (environ les trois quarts¹⁸⁶⁷) des arrêts rendus dans le cadre de la procédure de manquement et se prononçant sur la conformité du droit des États membres aux obligations procédant des accords d'association et de coopération ont été relatifs à l'Accord sur l'espace économique européen. Au 18 juillet 2013, la Cour de justice a ainsi rendu 22 arrêts de condamnation pour violation dudit accord depuis 2002¹⁸⁶⁸. Il apparaît donc que la Commission contrôle donc avec

¹⁸⁶³ L'article 3, paragraphe 1 de la Convention de Lomé stipule que « [l]a Communauté n'applique pas à l'importation des produits originaires des États ACP de restrictions quantitatives ni de mesures d'effet équivalent autres que celles que les États membres appliquent entre eux » : Convention ACP-CEE de Lomé, signée à Lomé le 28 février 1975, préc.

¹⁸⁶⁴ CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani contre Amministrazione Italiana delle Finanze*, préc.

¹⁸⁶⁵ CJCE, 19 mars 2002, *Commission contre Irlande*, préc. En l'espèce, la République d'Irlande avait manqué à son obligation d'adhérer à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, procédant de l'article 228, paragraphe 7, du traité CE [actuel article 218, paragraphe 7], en combinaison avec l'article 5 du Protocole 28 de l'Accord EEE (Accord sur l'Espace économique européen - Protocole 28 concernant la propriété intellectuelle, *JO*, L 1, 3 janvier 1994, pp. 194–196).

¹⁸⁶⁶ Accord sur l'espace économique européen, *JO*, L 1, 3 janvier 1994, pp. 3-36.

¹⁸⁶⁷ Sur 29 recours en manquement appuyés sur un moyen d'inconventionnalité du droit national, 21 sont relatifs à l'Accord sur l'espace économique européen. Sur les 24 violations du droit conventionnel constatées dans ces arrêts, 21 sont relatives à des obligations procédant de l'accord EEE.

¹⁸⁶⁸ CJCE, 16 septembre 2004, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, préc. : violation de l'article 28 prohibant les entraves à la libre circulation des travailleurs ; CJCE, 9 décembre 2004, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-219/03, non publié : violation des articles 36 prohibant les restrictions à la libre prestation de service et 40 prohibant les restrictions à la libre circulation des capitaux ; CJCE, 26 octobre 2006, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, C-345/05, *Rec. p. I-10633* : violation de l'article 40 ; CJCE, 18 janvier 2007, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède*, C-104/06, *Rec. p. I-671* : violation de l'article 40 ; CJCE, 5 juillet 2007, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, C-522/04, *Rec. p. I-5701* : violation des articles 28 et 31 prohibant les restrictions à la liberté d'établissement et 36 ; CJCE, 13 mars 2008, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-248/06, *Rec. p. I-47* : violation des articles 31 et 36 ; CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, C-265/06, *Rec. p. I-2245* : violation des articles 11 prohibant les restrictions quantitatives à l'importation et 13 prohibant les restrictions quantitatives à l'exportation ; CJCE, 23 avril 2009, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, C-406/07, *Rec. p. I-62* : violation des articles 31 et

une rigueur particulière le respect des obligations imposées aux États membres par l'Accord sur l'espace économique européen.

666. Deux recours en manquement ont tout de même conduit à la condamnation d'États membres de l'Union pour violation d'accords bilatéraux d'association. Dans la première, le Royaume des Pays-Bas fut condamné pour manquement aux obligations tirées de l'article 9 de l'accord CEE-Turquie¹⁸⁶⁹ et des articles 10 et 13 de la décision 1/80 de son Conseil d'association¹⁸⁷⁰. La législation des Pays-Bas, qui conditionnait la délivrance de permis de séjour aux ressortissants turcs au paiement préalable de droits disproportionnés par rapport à ceux qui sont exigés des ressortissants des États membres pour la délivrance de documents similaires, a été jugée inconvictionnelle¹⁸⁷¹. Dans la seconde, la République italienne est condamnée pour violation de l'article 9 de l'accord de coopération CEE-Algérie¹⁸⁷², pour avoir institué une taxe environnementale frappant le gaz méthane en provenance d'Algérie¹⁸⁷³. La Cour de justice admet donc régulièrement l'invocabilité des accords d'association par la Commission dans le cadre de la procédure de manquement.

40 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-562/07, *Rec. p. I-9553* : violation de l'article 40 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-153/08, *Rec. p. 9735* : violation de l'article 36 ; CJUE, 7 avril 2011, *Commission européenne contre République portugaise*, C-20/09 : violation de l'article 40 ; CJUE, 20 janvier 2011, *Commission européenne contre République hellénique*, C-155/09 : violation des articles 4 prohibant les discriminations à raison de la nationalité, 28 et 31 ; CJUE, 16 juin 2011, *Commission européenne contre République d'Autriche*, C-10/10 : violation de l'article 40 ; CJUE, 29 septembre 2011, *Commission européenne contre République d'Autriche*, C-387/10 : violation de l'article 36 ; CJUE, 6 octobre 2011, *Commission européenne contre République portugaise*, C-493/09 : violation de l'article 40 ; CJUE, 20 octobre 2011, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, C-284/09 : violation de l'article 40 ; CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, C-370/11 : violation de l'article 40 ; CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne contre République d'Estonie*, C-39/10 : violation de l'article 28 ; CJUE, 25 octobre 2012, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, C-387/11 : violation des articles 31 et 40 ; CJUE, 8 novembre 2012, *Commission européenne contre République de Finlande*, C-342/10 : violation de l'article 40 ; CJUE, 6 juin 2013, *Commission européenne contre Royaume d'Espagne*, C-382/10 : violation de l'article 36 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Commission contre Royaume de Danemark*, C-261/11 : violation de l'article 31.

¹⁸⁶⁹ Accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, *JO*, 217, 29 décembre 1964, pp. 3687-3697.

¹⁸⁷⁰ Décision n° 1/80 du Conseil d'association, du 19 septembre 1980, relative au développement de l'association, non publiée.

¹⁸⁷¹ CJCE, 29 avril 2010, *Commission contre Royaume des Pays-Bas*, C-92/07, *Rec. p. I-3683*.

¹⁸⁷² Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République algérienne démocratique et populaire, signé à Alger le 26 avril 1976 et approuvé au nom de la Communauté par le Règlement (CEE) n 2210/78 du Conseil, du 26 septembre 1978, *JO L* 263, p. 1.

¹⁸⁷³ CJCE, 19 avril 2005, *Commission contre République d'Italie*, préc.

C. Invocabilité des accords de protection de l'environnement

667. L'affaire dite de l'*Étang de Berre*¹⁸⁷⁴ est à ce jour le seul recours en manquement fondé sur un accord international environnemental¹⁸⁷⁵. La Cour de justice a permis à la Commission de se prévaloir de la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution¹⁸⁷⁶, ainsi que du protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique¹⁸⁷⁷. Bien que l'Union européenne n'ait pas légiféré dans le domaine couvert par lesdits accords – les rejets de produits polluants dans la Mer Méditerranée –, la Cour estime que dans la mesure où ils interviennent « *un domaine largement couvert par la législation communautaire, il existe un intérêt communautaire à ce que tant la Communauté que ses États membres respectent les engagements souscrits au titre de ces instruments* »¹⁸⁷⁸. La France fut par suite condamnée pour ne pas avoir adopté toutes les mesures appropriées pour prévenir, réduire et combattre la pollution massive et prolongée de l'étang de Berre, contrevenant par là aux obligations que lui imposaient ces engagements internationaux et, subséquemment, l'article 216, paragraphe 2 du TFUE. Les conditions de l'effet direct n'ont pas été examinées par la Cour pour admettre l'invocabilité de la Convention de Barcelone. Il apparaît donc que les accords de protection de l'environnement entrent dans la catégorie des traités automatiquement invocables par la Commission dans le cadre du recours en manquement¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁷⁴ CJCE, 7 octobre 2004, *Commission contre République française*, préc.

¹⁸⁷⁵ Il convient de préciser tout de même que l'affaire dite de l'*Usine Mox* concernait le droit de l'environnement, puisqu'étaient en cause les pollutions marines générées par une usine anglaise et portait la Convention de Montego Bay à la connaissance de la Cour de justice. Cependant, la Commission n'alléguait pas en l'espèce une violation de ladite Convention, mais celle de l'engagement de ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci : CJCE, Gde chbre, 30 mai 2006, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, préc.

¹⁸⁷⁶ Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (Convention de Barcelone), JO L 240, 19 septembre 1977, pp. 3-11.

¹⁸⁷⁷ Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, signé à Athènes le 17 mai 1980, approuvé au nom de la Communauté économique européenne par la décision 83/101/CEE du Conseil, du 28 février 1983, JO L 67, p. 1.

¹⁸⁷⁸ CJCE, 7 octobre 2004, *Commission contre République française*, préc., pt. 29.

¹⁸⁷⁹ De notre point de vue, Julianne KOKOTT commet ainsi une confusion en se référant à l'affaire de l'*étang de Berre*, pour avancer en ses conclusions sur l'affaire *Air Transport Association of America* que « [l]es accords en matière de protection de l'environnement peuvent eux aussi contenir des dispositions dont tout intéressé peut se prévaloir en justice », (conclusions du 10 octobre 2010 sur CJUE, *The Air Transport Association of America e.a. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 72, et n° 61). En effet, il apparaît difficile d'étendre aux personnes privées le droit dont bénéficie la Commission de se prévaloir de ces accords environnementaux, marqués par une densité normative trop faible pour produire un effet direct.

D. Invocabilité des accords de protection des droits sociaux

668. Plus récemment la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées¹⁸⁸⁰ a guidé l'interprétation retenue par la Cour de l'article 5 de la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁸⁸¹, sur le fondement duquel un manquement de la République italienne à ses obligations unionnaires a été constaté¹⁸⁸². La juridiction de l'Union a ainsi considéré qu'en n'instituant pas d'obligation pour tous les employeurs de mettre en place, en fonction des besoins dans des situations concrètes, des aménagements raisonnables pour toutes les personnes handicapées, la législation italienne n'atteint pas les objectifs définis par la directive 2000/78. Même si l'illicéité de la législation italienne ne procède pas d'une violation de la Convention des Nations Unies sur les personnes handicapées, l'instrument international n'est pas sans lien avec la solution adoptée par la Cour, puisqu'elle a largement orienté la délimitation des exigences portées par la directive méconnue par les autorités italiennes.

669. En se gardant de procéder à l'examen de l'effet direct des stipulations conventionnelles dont la Commission allègue la violation, la Cour de justice tient la recherche du droit subjectif à l'écart du recours en manquement et préserve par là son caractère objectif. La non-opposabilité de la condition de réciprocité à la Commission, qui continue de subordonner l'invocabilité du droit de l'OMC par les États membres, est plus contestable.

§ 3. La réciprocité d'application, condition d'invocabilité opposable aux États membres et non à la Commission

670. Le défaut d'application réciproque s'oppose à l'invocabilité du droit de l'OMC par les États membres dans le cadre du recours en annulation, tandis qu'il n'est pas pris en considération lorsque la Commission forme un recours en manquement fondé sur les mêmes accords. Il est difficile de porter un jugement favorable sur cet accès différencié des

¹⁸⁸⁰ Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, approuvée au nom de la Communauté européenne par la Décision 2010/48/CE du Conseil, du 26 novembre 2009, *JO*, 2010, L 23, p. 35.

¹⁸⁸¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, L 303 du 2 décembre 2000, pp. 16–22.

¹⁸⁸² CJUE, 4 juillet 2013, *Commission européenne contre République d'Italie*, C-312/11, pt. 58.

requérants privilégiés à l'invocabilité de ces accords soumis aux principes de réciprocité et d'avantages mutuels (A). Mais il convient tout de même de relativiser la contrainte qu'exerce la procédure manquement sur les États membres en ce qui concerne le respect de leurs obligations internationales. Les recours en manquement fondés exclusivement sur une violation du droit conventionnel, sans que la méconnaissance d'une norme de l'Union européenne d'origine interne de contenu équivalent soit corollairement alléguée par la Commission, restent exceptionnels. Seuls trois recours ont ainsi conduit au constat d'un manquement pour violation exclusive du droit conventionnel¹⁸⁸³. La lutte contre les violations par les États membres de leurs obligations internationales ne fait en effet pas partie des priorités actuelles de la Commission¹⁸⁸⁴, de sorte que la Commission fait un usage modéré de la norme conventionnelle à laquelle elle a pourtant aisément accès. Cette stratégie de la Commission limite les effets de l'invocabilité intégrale du droit conventionnel dont elle seule bénéficie (B).

A. La condition de réciprocité inopposable à l'invocabilité des accords OMC par la Commission européenne

671. Mise en parallèle avec l'impossibilité pour les États membres de se prévaloir de la violation des règles OMC par les institutions de l'Union, l'admission de leur invocabilité par la Commission dans le cadre du recours en manquement prête à critique. Rien n'explique que les principes de réciprocité et d'avantages mutuels sur lesquels sont fondés les accords GATT et OMC s'oppose à leur invocabilité par les États à l'encontre des actes de l'Union, mais n'exclut pas le droit de la Commission de s'en prévaloir pour contester la légalité d'un acte étatique¹⁸⁸⁵. Soit la condition de réciprocité exclut le droit de l'OMC des paramètres de la légalité de l'Union et aucun des requérants privilégiés ne devraient pouvoir l'invoquer

¹⁸⁸³ CJCE, 19 mars 2002, *Commission contre Irlande*, préc., (violation de la Convention de Berne et de l'Accord EEE) ; CJCE, 7 octobre 2004, *Commission contre République française*, préc., (violation de la Convention de Barcelone) ; CJCE 29 avril 2010, *Commission contre Royaume des Pays-Bas*, préc., (violation de l'Accord d'Ankara et de la Décision 1/80 du Conseil d'association CEE/Turquie).

¹⁸⁸⁴ Melanie SMITH, « Enforcement, Monitoring, Verification, Outsourcing: The Decline of Infringement Process », *E.L. Rev.*, 2008, pp. 777-802.

¹⁸⁸⁵ Piet EECKOUT, « Case Law : Case 61/94, Commission versus Germany. Annotation », *CML Rev.* 35, pp. 555-566 (563).

utilement¹⁸⁸⁶ ; soit il en est une composante et les opérateurs institutionnels devraient sans distinction être admis à s'en prévaloir¹⁸⁸⁷. Mario Mendez estime qu'une telle solution peut se justifier dans la mesure où les États membres détiennent une marge d'appréciation dans l'élaboration des actes de l'Union entrant dans le champ d'application des règles OMC, mais ne peuvent pas édicter de normes internes contraires aux interprétations qui en sont délivrées par la Cour de justice¹⁸⁸⁸. Autrement dit, les règles OMC ne s'imposent pas au législateur de l'Union, mais les États membres sont liés par les interprétations que la Cour en délivre. L'argument peine à convaincre. En effet, si l'interprétation harmonisée des obligations procédant des règles OMC dans l'espace juridique de l'Union motive leur invocabilité dans le recours en manquement, l'immunité juridictionnelle des actes unionnaires, qui met tout autant en péril cette homogénéité, ne peut être soutenue.

672. L'avocat général Tesauo plaidait également pour un alignement des obligations pesant sur les États et les institutions de la Communauté : « *nous nous bornons [...] à observer que le fait d'exclure la possibilité d'invoquer les dispositions du GATT pour contester la validité de dispositions communautaires, et le fait que cette exclusion a pour conséquence de reconnaître au Conseil et à la Commission de larges marges de manœuvre, en ce qui concerne le contenu et les effets des obligations contractées dans le cadre de cet arrangement, ne peut, en tout état de cause, être de nature à entraîner la condamnation de l'État en cause pour avoir respecté le règlement et ne pas s'être, par contre, conformé à l'arrangement. On ne saurait en effet accepter que la contradiction déjà mentionnée entre la*

¹⁸⁸⁶ Anne PETERS a appelé de ses vœux un alignement du régime de l'invocabilité des règles OMC par la Commission et les États membres. Elle estimait en effet que les règles définies par la Cour pour filtrer les accords susceptibles d'être appliqués juridictionnellement ne devraient pas se limiter à exclure l'invocabilité par les particuliers des stipulations conventionnelles non porteuses de droits subjectifs. Il serait également opportun d'écarter l'invocabilité par les requérants privilégiés – y compris la Commission – des normes internationales non *self-executing*, (« The Position Of International Law Within the Community Legal Order », *GYIL*, 1997, pp. 9-77 (69)).

¹⁸⁸⁷ Marco BRONCKERS, « Éditorial - La jurisprudence des juridictions communautaires relatives à l'OMC demande réparation : plaidoyer pour les droits des États membres », préc. ; Ulrich EVERLING, « Will Europe slip on Bananas? The bananas judgement of the Court of justice and national Courts », *CML Rev.*, 1996, pp. 401-437 ; Geert ZONNEKEYN, « The status of WTO law on the EC legal order: the final curtain? », *JWT*, 2000, pp. 111-125.

¹⁸⁸⁸ Mario MENDEZ explique ainsi que « *the Member States can only benefit from that flexibility to the extent that their position is adopted at EU level, but they are not free simply to track their own paths in tension with a common EU line* », (*The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, op. cit., p. 243). Traduction : « Les États membres peuvent bénéficier de cette flexibilité seulement lorsqu'ils définissent leur position dans le cadre des institutions de l'Union, mais ils ne sont pas libres de suivre leur propre chemin, en s'écartant de la ligne commune tracée par l'Union européenne ».

réglementation communautaire et l'arrangement n'ait aucune pertinence »¹⁸⁸⁹. Ainsi, la solution adoptée par la Cour conduit à engager la responsabilité d'un État membre pour la violation d'une norme internationale qui ne peut pourtant servir de fondement à l'annulation de l'acte communautaire que la législation étatique litigieuse concrétise. Autrement dit, les autorités étatiques se trouvent dans une impasse : soit elles respectent la prescription issue du GATT et s'exposent à une condamnation sur le fondement du règlement communautaire, soit elles respectent le règlement communautaire et s'exposent à une condamnation sur le fondement du GATT. Ce conflit d'obligations extranationales pesant sur les États membres est causé par la distorsion des conditions d'invocabilité des accords opposées aux États et à la Commission. Il démontre les conséquences nocives de l'inégalité du traitement des requêtes prenant appui sur les règles OMC formées par les États membres et la commission. De notre point de vue, la solution la plus cohérente serait de tirer les conséquences du fait que les accords OMC ne s'insèrent pas dans la légalité objective communautaire, en étendant leur défaut d'invocabilité aux recours initiés par la Commission sur le fondement de l'article 258 du TFUE.

B. Une distorsion modérée par la souplesse des exigences de la Commission

673. Un examen attentif des recours formés par la Commission sur le fondement de l'article 258 du TFUE permet de constater que l'Institution gardienne des Traités se montre moins intransigeante dans sa surveillance de la compatibilité de l'action normative des États membres aux règles OMC, que lorsque sont en cause les prescriptions du droit interne de l'Union. À titre d'illustration, la Commission a initié une procédure en manquement dans les années 80 à l'encontre de la France, au sujet d'une législation qui imposait le passage d'un grand nombre de produits importés par un centre de dédouanement situé à Poitiers. La Commission a combattu avec force cette mesure qui restreignait le commerce intra-communautaire. Mais aussitôt que la France réduisit le champ d'application de ces droits de douane aux produits provenant d'États tiers à la Communauté, elle abandonna son action, alors même que la France continuait de méconnaître les obligations qui pesaient sur elle au

¹⁸⁸⁹ Giuseppe TESAURO, 7 mai 1996, conclusions sur CJCE, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, C-61/94, *Rec. p.* I-3989, pt. 24.

titre du GATT¹⁸⁹⁰. Il apparaît donc que la commission crée un équilibre en tempérant les incidences du droit que lui accorde la Cour de se prévaloir du droit de l'OMC, par une tolérance accrue envers les violations étatiques des obligations qui en procèdent.

674. Toutefois, la souplesse dont la Commission a fait preuve en ce qui concerne le respect par les autorités étatiques de leurs obligations OMC ne s'étend pas à l'ensemble du droit international de l'Union européenne. La Commission contrôle en effet avec davantage rigueur le respect par les États membres des obligations s'imposant à eux en vertu des accords d'association conclus par l'Union. Elle a ainsi initié des recours fondés sur la violation de ce type d'instruments qui ont conduit à la condamnation des États membres fautifs. À titre d'illustration, dans l'affaire *Commission contre Autriche*¹⁸⁹¹, la juridiction de l'Union a jugé que c'était à bon droit que la Commission alléguait que la non éligibilité des étrangers aux chambres de représentation des travailleurs était incompatible non seulement avec le droit communautaire interne¹⁸⁹², mais aussi avec certains accords de coopération¹⁸⁹³. Dans le même ordre d'idées, l'arrêt *Commission contre Italie* précédemment mentionné a donné l'occasion à la Cour de condamner l'Italie pour violation concomitante des articles 133 du TCE [actuel article 207 du TFUE] et 9 de l'accord de coopération avec l'Algérie¹⁸⁹⁴, en raison de l'existence d'une Taxe de protection de l'environnement sur des gazoducs installés sur le territoire de la Région de Sicile ayant des effets équivalents à un droit de douane.

675. Ces arrêts invitent à constater que le double standard d'exigence de la Commission concernant le bon respect par les États membres du droit de l'Union d'origines "interne" et "externe" se vérifie avec une plus grande acuité pour le droit de l'OMC. Ce phénomène traduit l'effort produit par la Commission pour équilibrer le degré de contrainte que ce droit fait peser sur les institutions de l'Union et ses États membres¹⁸⁹⁵. La conformité aux règles OMC de la production normative de l'Union ne peut pas être contrôlée, ce que la Commission

¹⁸⁹⁰ Marc MARESCEAU, « The GATT in the case-Law of the European Court of Justice », in Meinhard HILF, Francis G. JACOBS, Ernst-Ulrich PETERSMANN, (dir.) *The European Community and the GATT*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 107-126 (112) ; V. RASS HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, op. cit., p. 262.

¹⁸⁹¹ CJCE, 4 décembre 2001, *Commission contre République d'Autriche*, préc.

¹⁸⁹² Article 45 TFUE (alors article 39 TCE); article 38 du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié par le Règlement (CEE) n° 2434/92 du Conseil, du 27 juillet 1992.

¹⁸⁹³ Bien que seul l'Accord sur l'espace économique européen soit mentionné dans le dispositif, la Commission alléguait en effet concurremment la violation des accords bilatéraux liant la Communauté européenne à la Pologne, la Turquie et le Maroc.

¹⁸⁹⁴ CJCE, 21 juin 2007, *Commission contre Italie*, C-173/05, Rec. p. I-4917.

¹⁸⁹⁵ V. RASS HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, op. cit., p. 262.

prend en considération pour ne pas contrôler avec intransigeance le respect par les États membres de ces mêmes règles. Le potentiel de nocivité de la jurisprudence *Commission contre République fédérale d'Allemagne*¹⁸⁹⁶ s'en trouve réduit, dans la mesure où la commission atténuée par sa permissivité le déséquilibre qui aurait pu procéder de l'attaquabilité des seuls actes des États membres sur le fondement des règles OMC.

* *
*

676. Conclusion de chapitre : Le caractère obligatoire et la primauté du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne plaident en faveur de l'abandon de la subordination de l'invocabilité de la règle conventionnelle à son effet direct dans le cadre du contrôle de légalité¹⁸⁹⁷. L'invocabilité d'exclusion des accords internationaux, qui permet de donner effet à ces deux propriétés du droit conventionnel, a ainsi émergé dans les jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État français au profit des requérants privilégiés. En revanche, ces deux juridictions ont adopté une position distincte sur la question de l'invocabilité par les personnes privées des stipulations conventionnelles sans effet direct par les personnes privées. D'un côté, la Cour de justice a permis à ces personnes d'invoquer certaines normes conventionnelles dépourvues l'effet direct. Sa démarche reste néanmoins pointilliste, car seules celles des obligations internationales qui sont de nature processuelle, ou qui sont mises en œuvre par des législations internes peuvent être employées comme normes de référence du contrôle de légalité, en dépit de leur défaut d'effet direct. De l'autre côté, le Conseil d'État français n'a pas encore ouvert aux personnes privées le droit de se prévaloir de règles conventionnelles sans effet direct dans le contrôle de légalité. Une intégration des doctrines *Nakajima* et *Boxus* créées par la juridiction de Luxembourg dans la jurisprudence du Conseil d'État serait à cet égard bienvenue. La reconnaissance de l'invocabilité d'éviction du droit conventionnel pourrait en cette hypothèse être envisagée avec plus de sérénité, l'effet direct ne constituant plus une condition *sine qua non* de son invocabilité dans le contrôle de légalité. En bref, la Cour de justice reste plus disposée que le Conseil d'État à sanctionner la méconnaissance des obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct dans le cadre des contrôles de légalité

¹⁸⁹⁶ CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc.

¹⁸⁹⁷ Pour un examen critique de la subordination de l'invocabilité-sanction à l'effet direct dans les jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État, V. *supra*, Partie 1, Titre 2.

provoqués par les personnes privées. Sa jurisprudence n'en reste pas moins inapte à satisfaire nombre de ses obligations internationales dans les configurations contentieuses, majoritaires, où le lien entre invocabilité-sanction et effet direct reste insécable. Dès lors que juridictions internationales restent impuissantes à paralyser les effets juridiques des actes qu'elles estiment internationalement illicites, le respect de ces prescriptions par l'Union et l'État français reste suspendu à une évolution des jurisprudences de Paris et de Luxembourg sur cette question. La Cour de justice et le Conseil d'État français prennent tout de même en considération ces règles internationales pour orienter l'interprétation du droit interne et engager la responsabilité extracontractuelle de l'État auteur de l'acte inConventionnel. Ces techniques permettent la prévention et la répression des violations des obligations conventionnelles de l'Union et de la France.

Chapitre 2 : Une invocabilité inégalement étendue hors du contrôle de légalité

677. Le droit conventionnel peut être invoqué en dehors du contentieux de la légalité pour prévenir ou réprimer la méconnaissance des obligations qu'il impose. D'une part, la prévention de la violation des obligations internationales est permise par l'interprétation du droit interne conforme à leurs prescriptions. D'autre part, la répression de la violation des obligations internationales est assurée par l'engagement de la responsabilité de l'État en raison de l'existence de règles internes contraires à leurs prescriptions. Ces deux mécanismes s'inscrivent hors du contrôle de légalité des actes internes et peuvent donc échapper à l'emprise des jurisprudences *Demirel*¹⁸⁹⁸ et *GISTI et FAPIL*¹⁸⁹⁹. Autrement dit, la subordination de l'invocabilité des normes conventionnelles à leur effet direct ne s'impose pas lorsqu'un requérant entend profiter de l'invocabilité d'interprétation ou de l'invocabilité de réparation.

678. La Cour de justice et le Conseil d'État ont adopté sur ce point deux positions antagonistes. La juridiction de l'Union a privilégié l'approche préventive, en développant une doctrine de l'interprétation conforme qui généralise l'obligation d'interpréter le droit interne à la lumière du droit conventionnel. Denys Simon a mis en évidence la dimension pacificatrice de cette technique jurisprudentielle, écrivant que « *la doctrine de l'interprétation conforme tend [...] à garantir que la guerre des droits n'aura pas lieu* »¹⁹⁰⁰. Le Conseil d'État lui a préféré l'approche répressive, en élaborant une jurisprudence favorable à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'État pour méconnaissance de ses engagements internationaux.

679. Ces deux méthodes ne permettent pas d'assurer de manière autonome la conformité des normes étatiques ou de l'Union aux obligations internationales réceptionnées dans leur ordre juridique. D'une part, la doctrine de l'interprétation conforme se heurte à la prohibition

¹⁸⁹⁸ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, préc.

¹⁸⁹⁹ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

¹⁹⁰⁰ Denys Simon, « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., pp. 279-300 (282).

de l'interprétation *contra legem*¹⁹⁰¹. Celle-ci interdit de résoudre les cas d'incompatibilité manifeste entre le droit international et le droit interne au moyen d'une redéfinition de la norme interne en un sens manifestement contraire à celui que ses auteurs entendaient lui conférer. En d'autres termes, la méthode de l'interprétation conforme permet de rapprocher le contenu d'une norme interne d'un modèle international, mais aucunement de neutraliser leur incompatibilité. En cela l'interprétation conforme s'avère inapte à résoudre les conflits irréductibles entre droits interne et international¹⁹⁰². D'autre part, l'invocabilité de réparation se heurte quant à elle à l'inaptitude de la méthode indemnitaire à réparer les conséquences préjudiciables de certaines violations du droit conventionnel. Il est en effet possible de douter de l'efficacité de l'engagement de la responsabilité lorsque l'illicéité procède d'un acte de portée générale n'affectant pas une situation juridique individuelle. La réparation suppose un préjudice qui est difficile à évaluer dans l'hypothèse d'une norme impersonnelle non immédiatement applicable aux personnes privées. Face à un tel acte, force est de constater qu'*« on perçoit que des difficultés s'élèveront quant à la détermination du dommage qu'il aurait causé, difficultés qui tendraient ainsi à vider la responsabilité de l'État de toute notion de réparation »*¹⁹⁰³. Lorsqu'est en cause un comportement normatif immédiatement applicable à la situation juridique des individus, la responsabilité joue en revanche un rôle incitatif en faveur de la mise en conformité du droit étatique avec les obligations tirées de normes internationales. Il peut en ce sens être soutenu que la responsabilité est un instrument de prévention de la répétition de l'illicite.

680. Les méthodes préventive et répressive présentent donc chacune leurs vertus. La méthode préventive permet à un ordre juridique d'approfondir la conformité de l'état des normes internes aux obligations internationales. La méthode répressive permet, par son effet incitatif, de provoquer la cessation et d'éviter la répétition des illicéités. La prévention de

¹⁹⁰¹ CJCE, 15 avril 2008, *Impact contre Minister for Agriculture and Food e.a.*, préc., pt. 100 ; V. également, Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 137.

¹⁹⁰² Selon Pierre D'ARGENT, « [c]eci signifie qu'il n'est pas possible de la réduire par l'application de l'obligation faite aux juridictions d'interpréter le droit interne conformément au droit international », (« Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international », préc., p. 360).

¹⁹⁰³ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 279. L'auteur concentre ensuite son analyse sur le droit de la responsabilité internationale. « Traditionnellement réparatoire, la responsabilité internationale de l'État semble être une réponse bien peu adaptée à la violation d'une obligation du fait du droit interne, ne causant par essence aucune séquelle concrète » lorsque sont en cause des actes de portée générale non opératifs (c'est-à-dire non immédiatement applicables aux personnes privées), (*ibid.*, p. 389).

l'inconventionnalité, garantie par l'invocabilité d'interprétation, a les faveurs de la Cour de justice tandis qu'elle est négligée par le Conseil d'État (Section 1). La répression de l'illicéité, garantie par l'invocabilité de réparation, est au contraire privilégiée par le Conseil d'État et délaissée par la juridiction de l'Union (Section 2).

Section 1 : La prévention de l'inconventionnalité par l'invocabilité d'interprétation conforme

681. L'interprétation conforme permet aux juridictions internes de prendre en considération les règles internationales dans l'appréciation du contenu normatif des règles internes. La doctrine est partagée sur la question de savoir si cette méthode d'interprétation revêt le caractère d'une obligation internationale. John H. Jackson considère que l'interprétation conforme doit être analysée comme une obligation internationale, alors expression de la règle coutumière selon laquelle les traités doivent être appliqués de bonne foi¹⁹⁰⁴. Gerrit Betlem et André Nollkaemper concluent également à l'existence d'une obligation internationale d'interprétation conforme. Mais ces auteurs estiment que son élévation au titre d'obligation coutumière dérive de sa pratique généralisée par les juridictions nationales¹⁹⁰⁵. De nombreux États qui ont adhéré à la doctrine de l'incorporation¹⁹⁰⁶, ou à la doctrine de la transformation du droit conventionnel¹⁹⁰⁷ ont en effet actuellement recours à cette technique¹⁹⁰⁸. Pourtant,

¹⁹⁰⁴ John H. JACKSON soutient ainsi que l'interprétation conforme « *seems obligatory under customary law and alternatively (or additively) the Vienna Convention on the Law of Treaties, as part of the "good faith compliance" obligation of Treaty norms* », (« Direct effect of Treaties in the US and in the EU, the case of the WTO: Some Perceptions and Proposals », in Adolph ARNULL, Piet EECKHOUT, Takis TRIDIMAS (dir.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 361-382 (367)). Traduction : l'interprétation conforme « semble obligatoire en vertu du droit coutumier et, alternativement (ou conjonctivement), en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dans le cadre de l'obligation de se conformer de bonne foi aux normes conventionnelles ».

¹⁹⁰⁵ Gerrit BETLEM et André NOLLKAEMPER développent l'analyse qui suit : « *State practice allows one to infer an international duty of Courts to interpret, within their constitutional mandates, national law in the light of international law* », (« Giving effect to public international law and european community law before Domestic courts: a comparative analysis of consistent interpretation », *EJIL*, 2003, pp. 569-589 (574)). Traduction : « La pratique des États permet d'inférer une obligation internationale imposant aux tribunaux d'interpréter, dans l'exercice du pouvoir qui leur est attribué par la Constitution de l'ordre juridique dont ils relèvent, le droit national à la lumière du droit international ». Pour André NOLLKAEMPER, elle n'est pas pour autant une obligation internationale dont la violation emporte la formation d'un fait internationalement illicite, (*National Courts and the International Rule of Law, op. cit.*, p. 140).

¹⁹⁰⁶ Hollande : Hoge Raad, 16 novembre 1990, *TSM Compagnie d'Assurance Transports v. Geisseler Transports AG*, NJ, 1992, p. 107 ; Pologne : Cour suprême, 2005, *Stanislas K v. Zaklad Techniczno-Budowlany P Spolka zoo*, PK n°100/05, ILDC 388 (PL 2005) ; États-Unis d'Amérique : Cour suprême, février 1804, *Murray v. The Charming Betsy*, 6 U.S. (2 cranch) p. 64 ; France : Cass. civ., 22 décembre 1931, *Sanchez contre Gozland, J.D.I. (Chunet)*, 1932, p. 683.

¹⁹⁰⁷ Australie : High Court of Australia, 7 avril 1995, *Minister for immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*, ILDC 779 (AU 1995) ; Canada : Cour suprême, 15 février 2001, *United States (Minister of Justice) v. Burns and Rafay*, 1 SCR 283, 2001, SCC 7, ILDC 187 187 (CA 2001) ; Israël : Cour suprême, 27 juin 1967, *Kurtz and Letushinsky v. Kirschen, Piskei Din (II)* 20, p. 47, ILR, p. 212 ; Grande Bretagne : High Court (Queen's Bench Division), 27 avril 1998, *R v. Secretary for the home Department, ex parte Brind*, CO/3476/97.

¹⁹⁰⁸ La nomenclature des États ayant recours à la technique de l'interprétation conforme est présentée de manière plus complète dans l'ouvrage de André NOLLKAEMPER dédié au statut interne de la règle de droit international,

d'autres juridictions nationales – telles la Cour suprême américaine et le Conseil d'État français – ne donnent que ponctuellement effet à la doctrine de l'interprétation conforme. Ainsi, cette méthode d'interprétation ne s'applique pas devant la Cour suprême américaine en cas de conflit avec la doctrine *Chevron*¹⁹⁰⁹, qui commande la déférence du pouvoir judiciaire à l'endroit des interprétations du droit conventionnel délivrées par les agences gouvernementales américaines¹⁹¹⁰. Le Conseil d'État français n'use quant à lui de l'interprétation conforme que lorsque celle-ci lui permet de contourner le conflit entre normes internes et internationales. Si bien qu'il ne peut être prétendu que la pratique de l'interprétation conforme est réellement généralisée. Il peut certes être répliqué que la violation d'une obligation coutumière internationale ne constitue pas la preuve de son inexistence¹⁹¹¹. Mais, en toute hypothèse, une approche interne de l'obligation d'interprétation conforme sera ici préférée.

682. La Cour de justice de l'Union et le Conseil d'État n'ont jamais attribué à l'interprétation conforme la qualité d'une obligation internationale. Tout au plus la juridiction de Luxembourg l'a désignée comme une manifestation – et non une application – du principe d'exécution de bonne foi par l'Union européenne de ses obligations internationales¹⁹¹². En donnant effet à la doctrine de l'interprétation conforme, la juridiction de l'Union rend ainsi justice, selon les mots d'Evelyne Lagrange, « à la confiance placée par les autres auteurs de la norme internationale dans la bonne foi de l'État mais aussi à la confiance des personnes privées situées sous la juridiction de l'État dans la cohérence de son action normative »¹⁹¹³. En réalité, cette doctrine favorise l'observance du principe de bonne foi, dans la mesure où elle crée les conditions du respect par les ordres juridiques internes de leurs obligations internationales. L'interprétation des règles internes conforme aux règles internationales favorise leur coexistence pacifique en conciliant leur substance normative. En interprétant les règles internes à la lumière du droit international, le juge « entend éviter d'engager la

où ont été trouvées les jurisprudences précitées, (*National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 148-149).

¹⁹⁰⁹ Cour suprême des États-Unis, 25 juin 1984, *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467, *U.S.* p. 837 (1984).

¹⁹¹⁰ Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », *préc.*, p. 68.

¹⁹¹¹ André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁹¹² CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, *préc.*, pt. 52.

¹⁹¹³ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *préc.*, p. 435.

responsabilité internationale de l'État », en usant « de son habilitation qu'en ce qu'elle permet le respect des obligations de l'État »¹⁹¹⁴. L'interprétation conforme constitue en cela un instrument de prévention des conflits de normes¹⁹¹⁵, mais également un outil de conciliation des ordres juridiques¹⁹¹⁶.

683. Cette possibilité d'uniformiser le contenu des règles juridiques internes et internationales hors du terrain du conflit de normes a incité les juridictions internes à étendre largement le champ d'application matériel de l'interprétation conforme. Cette dernière est traditionnellement envisagée comme l'ultime effet du droit conventionnel avant son application juridictionnelle¹⁹¹⁷. Dès lors que cet effet est le produit de la simple prise en considération de la norme internationale pour interpréter le droit interne, le juge ne peut refuser son invocabilité sur le terrain du défaut d'effet direct¹⁹¹⁸. Si les juridictions internes

¹⁹¹⁴ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 165 ; Pieter Jan KUIJPER retient la même analyse : « [h]armonious interpretation is a classical way for national court to avoid placing the State of the court in question in a position of international responsibility », (« "It shall contribute ... the Strict Observance and Development of International Law" – The Role of the Court of justice », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., pp. 589-612 (601)). Traduction : « l'interprétation harmonieuse est un mécanisme classique dont les juridictions nationales disposent pour éviter d'exposer la responsabilité internationale de l'État dont elles relèvent ».

¹⁹¹⁵ Piet EECKHOUT souligne en ce sens que « [t]he coherence of a legal system requires that its various provisions are as much as possible interpreted in the light of each other, so as to avoid conflict between them, and consistent interpretation is a preferred judicial technique for such conflict prevention », (Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 355). Traduction : « la cohérence d'un système juridique exige que les diverses règles qui le composent soient autant que possible interprétées à la lumière les unes des autres, de manière à éviter les conflits internormatifs, et l'interprétation conforme est la technique juridictionnelle privilégiée pour prévenir de tels conflits ». Riccardo GUASTINI remarque également que l'interprétation conforme est un moyen de préservation de la cohérence de l'ordre juridique en ce que « l'interprétation peut bien éviter les antinomies » normatives, (« L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », *Analisi e diritto*, 2000, pp. 89-96 (96)).

¹⁹¹⁶ Cette fonction de l'interprétation conforme est particulièrement tangible dans l'affaire *intertanko*, lorsque la Cour de justice emploie un acte conventionnel qui ne la lie pas – la Convention Marpol – comme référentiel d'interprétation du droit dérivé de l'Union européenne : CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; Jan Willem VAN ROSSEM relève qu'en matière d'interprétation conforme le traitement des accords ne liant pas l'Union européenne est équivalent à celui réservé aux accords liant, (« Interaction between EU law and International Law in the light of *Intertanko* and *Kadi*: the dilemma of Norms binding the Member States but not the Community », *NYIL*, 2009, pp. 183-227 (208)).

¹⁹¹⁷ C'est en effet la règle interne interprétée à la lumière de la norme conventionnelle qui est formellement appliquée, même si la seconde oriente la substance de la première. Giacomo GATTINARA estime ainsi que « [t]he principle of consistent interpretation is a step before the judicial enforceability », (« Consistent interpretation of WTO Rulings in EU Legal Order? », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 269-287 (286)). Traduction : « l'interprétation conforme est le dernier pas avant l'application juridictionnelle ».

¹⁹¹⁸ Christine KADDOUS, « Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », in *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, op. cit., p. 115 ; Frederico CASOLARI, « Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo

refusent d'appliquer des règles conventionnelles imprécises, considérant que l'exécution de celles-ci relève de la compétence des autorités législatives ou exécutives, ce motif ne peut être sollicité lorsque ces règles sont seulement employées pour orienter les interprétations du droit interne¹⁹¹⁹. Il s'ensuit que l'ensemble des règles internationales – y compris celles d'entre elles qui souffrent d'un haut degré d'indétermination – peuvent être employées comme référentiel d'interprétation du droit interne¹⁹²⁰. De sorte que la doctrine de l'interprétation conforme permet de contourner le bouclier de l'effet direct, pour attribuer des effets juridiques à la règle conventionnelle qui en est dépourvue¹⁹²¹.

684. L'interprétation conforme est donc un moyen de pacifier les relations des normes d'origines interne et internationale qui coexistent dans les ordres juridiques internes. Si la

PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, pp. 395-415 (399). Il convient de préciser dès ici que la jurisprudence du Conseil d'État constitue une exception à ce principe.

¹⁹¹⁹ Jan-Peter HIX explique comment la pratique de l'interprétation conforme se concilie aisément avec le souci de préservation de l'équilibre des pouvoirs : « *agreement-consistent interpretation is always subject to the condition that the domestic rules are susceptible to such an interpretation. The legislature is therefore in position to draft domestic legislation in such a way that its intentions are clearly and unambiguously captured in the text. And the legislature could amend the legislation when it finds that the courts' interpretations are contrary to the legislature's intention* », (« Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 24). Traduction : « l'interprétation conforme au traité n'est possible que lorsque les règles nationales sont susceptibles d'être sujettes à une telle interprétation. Le législateur est donc en mesure de rédiger sa législation nationale de telle sorte que ses intentions soient clairement et sans ambiguïté définies par l'acte qu'il édicte. Et le législateur peut modifier la législation s'il constate que les interprétations développées par les tribunaux sont contraires à son intention ». À l'inverse, le législateur ne peut influencer sur l'interprétation d'une règle conventionnelle retenue par les juridictions internes, en sa qualité de source supra-législative. Cela le rend défavorable à la diffusion de leur effet direct qui rend possible l'application directe de cette règle sur laquelle il n'a pas de prise, V. Marco BRONCKERS, « From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », *JIEL*, 2008, pp. 885-898 (897).

¹⁹²⁰ Aux termes de l'arrêt *Van Munster*, l'ensemble des « *exigences du droit communautaire* », indépendamment des qualités propres de la règle invoquée, doivent guider les interprétations du droit interne : CJCE, 5 octobre 1994, *Simon J. M. van Munster contre Rijksdienst voor Pensioenen*, C-165/91, *Rec.* p. I-4662, pt. 34 ; Ce principe est applicable à l'interprétation du droit interne conforme au droit international général. Curtis A. BRADLEY soutient à propos du droit des États-Unis que « *if the canon [of consistent interpretation] is designed to avoid unintended violations of international law, that purpose would apply as long as a Treaty was binding on the United States under international law, regardless of whether it has domestic law status* », (« Intent, Presumptions and Non-Self-Executing Treaties », *Am. J. Int'l L.*, 2008, pp. 540-551 (549, nbp 62)). Traduction : « si le principe de l'interprétation conforme est conçu pour éviter les violations non intentionnelles du droit international, cet objectif devrait s'appliquer dès lors que le traité lie les États-Unis dans l'ordre international, sans égard pour son statut dans l'ordre interne ».

¹⁹²¹ André NOLLKAEMPER remarque ainsi que « *[i]n quite a few instances, national courts, in jurisdictions where the criteria for direct effect may function as a shield against the application of international law, were able to circumvent that shield by engaging in consistent interpretation* », (*National Courts and the International Rule of Law*, *op. cit.*, 2011, p. 145). Traduction : « dans un certain nombre d'affaires, les juridictions nationales, devant lesquelles les critères de l'effet direct peuvent être employés comme un bouclier contre l'application du droit international, ont été capables de contourner ce bouclier en s'engageant sur la voie de l'interprétation conforme ». L'effet indirect accordé aux règles OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne, qui sera développé dans le cadre de cette section, constitue une bonne illustration de ce rôle palliatif de l'interprétation conforme.

jurisprudence de la Cour de justice reflète fidèlement ces traits caractéristiques de l'interprétation conforme, celle du Conseil d'État s'en détache largement. Ce constat sera étayé au détour de l'étude des fondements (§ 1) et de l'intensité (§ 2) de l'interprétation conforme pratiquée par les juridictions de Paris et de Luxembourg.

§ 1. Les fondements de l'interprétation conforme

685. La Cour de justice et le Conseil d'État français ont adopté deux approches distinctes de l'interprétation conforme au droit conventionnel international. Dans la première approche, adoptée par la Cour de justice, il est considéré qu'une juridiction appelée à interpréter le droit interne à la lumière du droit conventionnel est tenue de se référer à la norme qui l'investit du pouvoir d'y procéder. Ce fondement juridique peut même lui imposer d'exercer l'interprétation conforme lorsqu'un requérant le demande. Le caractère obligatoire alors attribué à l'interprétation conforme permet le développement de la systématique de son exercice. La seconde approche de l'interprétation conforme, présente dans la jurisprudence du Conseil d'État, renvoie à une conception moins formalisée de cette pratique. Le fondement juridique de cette technique d'interprétation n'a pas été explicité, de sorte que le Conseil d'État reste libre d'interpréter ou non le droit interne à la lumière du droit conventionnel. L'interprétation conforme est alors utilisée dans les seules hypothèses où l'application juridictionnelle du traité aurait pour conséquence l'invalidation d'une règle interne contraire à ses prescriptions, elle servirait alors au juge à « éviter de pointer le conflit entre la loi et le traité »¹⁹²². Il s'agit là d'une manifestation des réticences de la très haute juridiction administrative à rendre systématique l'exercice de l'interprétation conforme au droit conventionnel (B). La Cour de justice s'est au contraire attachée à préciser les normes l'habilitant à accorder aux règles conventionnelles une influence interprétative sur le droit interne. La juridiction de l'Union a même attribué un caractère obligatoire à l'exercice de cette technique d'interprétation (A).

¹⁹²² Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 436.

A. Des fondements explicites conférant un caractère obligatoire à l'interprétation conforme devant la Cour de justice

686. Les bases juridiques de l'interprétation conforme sont variables selon les ordres juridiques dans lesquels elle déploie ses effets. Il s'agit là d'une manifestation du caractère décentralisé de l'application du droit international. Mais, au delà, le titre juridique habilitant les juridictions à interpréter le droit interne à la lumière des normes extranationales peut également différer au sein d'un même ordre juridique selon la nature – intégrée ou non – de la norme employée comme référentiel d'interprétation.

687. À titre préliminaire, il convient alors de distinguer les fondements de l'interprétation des droits nationaux États membres à la lumière du droit de l'Union d'origine interne, de l'interprétation du droit dérivé et des droits nationaux des États membres conforme aux accords internationaux liant l'Union. Dans l'ordre juridique de l'Union, les interprétations conformes “interne”¹⁹²³ et “externe”¹⁹²⁴ se sont mutuellement enrichies¹⁹²⁵. La Cour de justice paraît en premier lieu s'être inspirée de l'interprétation conforme “externe” pratiquée par ses États pour consacrer, dans l'arrêt *Von Colson*¹⁹²⁶, l'obligation d'interpréter les droits nationaux des États membres en conformité avec le droit de l'Union européenne. Elle a par la suite étendu le champ d'application de cette méthode interprétative aux relations entre les règles de droit de l'Union européenne d'origines interne et internationale¹⁹²⁷. La Cour de justice lui a alors conféré une intensité qu'elle n'aurait pas eu si cette doctrine ne s'était pas préalablement développée dans le cadre des relations entre droit de l'Union et droits

¹⁹²³ Par interprétation conforme “interne”, est entendue l'interprétation du droit des États membres à la lumière du droit de l'Union européenne.

¹⁹²⁴ Par interprétation conforme “externe”, est entendue l'interprétation du droit unionaire interne à la lumière des accords internationaux liant l'Union et/ ou ses États membres.

¹⁹²⁵ Pieter-Jan KUIJPER évoque à ce propos une dynamique de « *cross-fertilization* » (fertilisation réciproque), (« Epilogue: Symbiosis? », in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, *op. cit.*, pp. 253-267 (267)).

¹⁹²⁶ CJCE, 10 avril 1984, *Sabine Von Colson and Elisabeth Kaman contre Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, *Rec.* p. 1891 ; CJCE, 4 février 1988, *Mary Murphy*, 157/86, *Rec.* p. 673, pt. 11.

¹⁹²⁷ Bien qu'antérieurement sous-jacente dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'obligation d'interprétation conforme externe n'a été consacrée qu'à la faveur de l'affaire *International dairy agreement* : CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc.

nationaux des États membres¹⁹²⁸. Pour liées qu'elles soient par leurs origines, les interprétations conformes "interne" et "externe" ne sont toutefois pas de même nature.

688. L'interprétation conforme "interne" est fondée sur les principes d'effectivité¹⁹²⁹ et de coopération loyale qui procèdent de l'article 4, paragraphe 3 du TUE¹⁹³⁰. L'obligation pesant sur les juridictions des États membres d'interpréter les règles nationales conformément au droit de l'Union s'appuie donc sur une norme externe à leur ordre juridique d'appartenance. La Cour juge ainsi que « *l'exigence d'une interprétation conforme du droit national est inhérente au système du traité en ce sens qu'elle permet aux juridictions nationales d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, la pleine efficacité du droit communautaire lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie* »¹⁹³¹.

689. Au contraire des juridictions nationales des États membres qui agissent en qualité de juridiction de l'Union européenne, la Cour de justice appelée à appliquer le droit conventionnel international ne statue pas en qualité de juridiction internationale. De sorte que ses pouvoirs sont déterminés par le droit primaire de l'Union, et qu'elle ne peut pas puiser dans le droit international une habilitation à interpréter le droit interne en conformité avec les obligations tirées des accords internationaux liant l'Union¹⁹³². Dans l'ordre juridique de l'Union, le fondement constitutionnel de l'obligation d'interprétation conforme réside dans

¹⁹²⁸ Pieter-Jan KUIJPER a mis en évidence cet enrichissement mutuel des deux catégories d'interprétation conforme : « *notions which originally developed in international law gain as it were an extra twist because they have undergone the influence of the Community system, before being applied to the domain of international law. This notion is now applied with added stringency in the international/national law relationship, even by some Member States courts, because they have passed through Community law* », (« Epilogue: Symbiosis? », in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, op. cit., p. 267). Traduction : « ces notions qui se sont originellement développées en droit international ont profité de ce petit détour qui leur a permis de subir l'influence du droit communautaire, avant de s'appliquer à nouveau dans le champ du droit international. Cette notion s'applique désormais avec une plus grande rigueur dans la relation entre droits national et international, même devant certaines juridictions des États membres, parce qu'elle a emprunté le chemin du droit communautaire ».

¹⁹²⁹ CJCE, Gde chbre, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. contre Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, C-212/04, Rec. p. I-6057, pt. 111 ; CJCE, Gde chbre, 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer e.a. contre Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut*, C-397/01 à C-403/01, Rec. p. I-8835, pt. 118.

¹⁹³⁰ CJCE, 10 avril 1984, *Sabine Von Colson and Elisabeth Kaman contre Land Nordrhein-Westfalen*, préc., pt. 26 ; CJCE, Gde chbre, 16 juin 2005, *Procédure pénale contre Maria Pupino*, C-105/04, Rec. p. I-5285, pts. 42-43 ; pour une analyse exhaustive de ces bases juridiques, V. Jean-Paul JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme du droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2007-2008, pp. 715-717 (715-716) ; Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 293 ; Federico CASOLARI, « Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine of consistent interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL, (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 399.

¹⁹³¹ CJUE, Gde chbre, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, préc., pt. 24 ; CJCE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito SA*, C-618/10.

¹⁹³² André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., p. 148.

l'article 216, paragraphe 2 du TFUE¹⁹³³. Rass Holdgaard a mis en évidence cette distinction de traitement des sources internationale et unionaire : « *the constitutional law of states often imposes on its own legal system a duty of consistent interpretation between international and domestic law as a means to create harmony between international law and domestic law. The "external" Community duty of constructive interpretation is such a self-imposed duty. By contrast, the "internal" Community duty of constructive interpretation is imposed by the Community legal order on the national legal systems* »¹⁹³⁴. Cette opposition entre le caractère exogène de l'obligation d'interprétation conforme au droit de l'Union et le caractère endogène de l'obligation d'interprétation conforme au droit international distingue donc ontologiquement ces deux techniques d'interprétation¹⁹³⁵. Cette divergence procède de la différence essentielle entre le principe de primauté du droit de l'Union, qui s'impose aux juridictions nationales en vertu d'une prescription extérieure à leur ordre, et le principe de primauté du droit international, qui lie les juridictions nationales et unionaires en vertu d'une règle constitutionnelle interne de hiérarchie¹⁹³⁶. Il faut tout de même noter que l'obligation d'interpréter le droit national en conformité avec le droit conventionnel de l'Union européenne revêt également un caractère exogène pour les États membres dès lors que c'est une instance appartenant à un ordre tiers, la Cour de justice de l'Union, qui impose aux juridictions nationales « *d'interpréter, dans la mesure du possible, le droit national à la lumière du texte et de la finalité de l'accord mixte* »¹⁹³⁷. Les juridictions nationales peuvent

¹⁹³³ L'avocat général Jääskinen a ainsi récemment rappelé que « *la primauté des accords internationaux conclus par l'Union sur les actes de droit dérive commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible en conformité avec lesdits accords* » : Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 35.

¹⁹³⁴ Rass HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, op. cit., p. 313. Traduction : « Les droits constitutionnels étatiques imposent à leur ordre juridique une obligation d'interprétation conforme aux fins de créer une harmonie entre droit international et droit national. L'obligation d'interprétation conforme externe est donc une obligation auto-imposée. Au contraire, l'obligation d'interprétation conforme interne est imposée aux systèmes juridiques étatiques par l'ordre juridique communautaire ».

¹⁹³⁵ Cette thèse est toutefois contestée par André NOLLKAEMPER et Gerrit BETLEM. Leur analyse empirique du comportement des juridictions nationales les conduit à affirmer l'existence d'une obligation internationale d'interprétation conforme à laquelle donneraient directement effet les juridictions nationales, (« Giving effect to public international law and european community law before Domestic courts: a comparative analysis of consistent interpretation », préc., p. 574).

¹⁹³⁶ Bruno DE WITTE, « Retour à Costa, la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *R.T.D. eur.*, 1984, pp. 425-454.

¹⁹³⁷ Denys SIMON, « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 285 ; et la jurisprudence relative aux règles conventionnelles conclues sous l'égide de l'OMC citée par l'auteur : CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, préc. ; CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk*

d'ailleurs être appelées par la Cour, dans une seule affaire, à interpréter leur législation en conformité avec une directive unionnaire et un accord international liant l'Union, si tant est que ces deux sources de l'ordre juridique de l'Union déploient concurremment leurs effets dans son champ d'application¹⁹³⁸.

690. La distinction entre interprétations conformes interne et externe opérée, il convient désormais d'analyser plus avant les fondements de l'interprétation conforme aux engagements internationaux (1). La Cour de justice a désigné la primauté des accords internationaux sur le droit dérivé de l'Union et de ses États membres comme étant le fondement de cette pratique lorsqu'ils ont été formellement réceptionnés dans l'ordre juridique de l'Union. Lorsque sont en cause de tels accords internationaux, elle a conclu au caractère obligatoire de l'interprétation conforme (2).

1) Identification des fondements de l'interprétation conforme

691. Les fondements choisis par la Cour de justice pour pratiquer l'interprétation conforme s'adaptent aux propriétés de la norme conventionnelle invoquée. Cette souplesse de la juridiction de Luxembourg permet à l'Union européenne de favoriser les effets du droit international dans son ordre juridique¹⁹³⁹. L'interprétation conforme "externe" reste le plus souvent la résultante d'une obligation endogène à l'ordre juridique de l'Union européenne. En l'exerçant, la Cour de justice s'applique à tirer toutes les conséquences de la primauté du droit conventionnel consacrée par l'article 216, paragraphe 2 du TFUE (a). De son côté, le fondement de l'interprétation du droit de l'Union conforme aux accords internationaux liant

Consultancy, préc. ; CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, C-403/98 et C-429/98 ; CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc. ; concernant le droit conventionnel environnemental, V. CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc.

¹⁹³⁸ Koen LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », préc., p. 515. L'auteur renvoie à l'affaire *Anheuser-Busch* relative au droit de la propriété intellectuelle, domaine où se superposent des normes unionnaires et conventionnelles : CJCE, Gde chbre, 16 novembre 2004, *Anheuser-Busch Inc. contre Narodni podnik Bdujovicky Budvar*, C-245/02, *Rec.* p. I-10989, pts. 55 et 57 ; V., plus récemment : CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc. Ces interprétations conformes à double référentiel sont également fréquentes en droit de l'environnement : CJUE, 11 avril 2013, *David Edwards e.a. contre Environment Agency*, préc.

¹⁹³⁹ Pieter-Jan KUIJPER affirme qu'au moyen de cette diversité de bases juridiques, l'Union européenne développe « *a international law friendly approach* », (« Customary International, Decisions of International Organizations and Other Techniques for Ensuring Respect of International Legal Rules in European Community Law », in Jan WOOTERS, André NOLLKAEMPER, Erika DE WET, (dir.), *The Europeanization of international law*, *op. cit.*, pp. 87-106 (93)).

seulement ses États membres est hybride : il procède de la combinaison du principe international de bonne foi et de l'obligation interne de coopération loyale (b).

a) *Une obligation formellement attachée à la hiérarchie interne des normes concernant les accords liant l'Union européenne*

692. La primauté du droit conventionnel, consacrée par l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, impose d'interpréter le droit de l'Union européenne (i) et le droit des États membres (ii) à la lumière des accords internationaux liant l'Union.

i) L'interprétation du droit dérivé à la lumière des accords liant l'Union européenne

693. Depuis l'arrêt *International Dairy Agreement*¹⁹⁴⁰, il est clairement établi que le principe de primauté des accords internationaux commande d'interpréter le droit interne de l'Union en conformité avec les prescriptions du droit conventionnel. Ce fondement juridique se distingue donc de l'obligation d'interprétation du droit national conforme au droit de l'Union européenne qui s'ancre dans le principe d'effectivité¹⁹⁴¹. Ce principe, propre à l'encadrement de l'autonomie procédurale des États mettant en œuvre le droit de l'Union¹⁹⁴², n'a naturellement pas vocation à définir les effets des accords internationaux dans l'ordre

¹⁹⁴⁰ La juridiction de l'Union affirme ainsi que « *la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit communautaire dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords* » : CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 52 ; CJUE, 22 novembre 2012, *Digitalnet OOD, Tsifrova kompania OOD et M SAT CABLE AD contre Nachalnik na Mitnicheski punkt*, C-320/11, C-383/11, C-330/11 et C-382/11, pt. 39 ; CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, C-363/12, pt. 72.

¹⁹⁴¹ Frederico CASOLARI, « Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine of consistent interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSE, L (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 404 ; Koen LENAERTS et Tim CORTHAUT regrettent cette différence de base juridique des interprétations conformes "interne" et "externe". Ils estiment en effet que fonder l'obligation d'interprétation des droits nationaux à la lumière du droit de l'Union sur le principe de primauté permettrait de créer une uniformité logique entre les deux types d'interprétation conforme exercés par la Cour de justice, (« Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 294).

¹⁹⁴² Josse MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, op. cit., pp. 391-408 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, préc. ; CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien contre SpA San Giorgio*, préc. ; CJCE, 10 juillet 1997, *Osalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, préc.

juridique de l'Union¹⁹⁴³. L'obligation d'interpréter le droit dérivé à la lumière du droit conventionnel est donc fondée sur une disposition constitutionnelle : l'article 216, paragraphe 2 du TFUE¹⁹⁴⁴. Cette disposition consacre la primauté des accords internationaux liant l'Union européenne et commande *ipso jure* à ses institutions de les employer comme référentiels d'interprétation du droit interne. En outre, le statut interne des décisions rendues par l'Organe de règlement des différends a été assimilé à celui du droit conventionnel pour permettre leur invocation en qualité de référentiel d'interprétation du droit interne de l'Union. La Cour de justice juge ainsi qu' « [u]ne décision de l'ORD, qui n'a d'autre objet que de se prononcer sur la conformité du comportement d'un membre de l'OMC avec les obligations contractées dans ce cadre par ce membre, ne saurait en principe être fondamentalement distinguée des règles matérielles traduisant de telles obligations et au regard desquelles il opère un tel contrôle »¹⁹⁴⁵. Amalgamant le produit juridictionnel de l'ORD au droit conventionnel, la juridiction de l'Union en déduit invariablement que « la primauté des

¹⁹⁴³ . RASS HOLDGAARD écrit que « *In Von Colson, the Court held that the duty on national courts to interpret national law in conformity with Community law follows from Article 10 EC [actuel article 4, paragraphe 3 du TUE], which provides that Member States must take all appropriate measures to ensure the fulfilment of Community law obligations. That article is, for obvious reasons, not sufficient to establish the duty to construct secondary Community law in conformity with international law* », (*External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses, op. cit.*, p. 308). Traduction : « Dans la jurisprudence *Van Colson*, la Cour affirme que l'obligation imposée aux juridictions internes d'interpréter le droit national en conformité avec le droit communautaire est fondée sur l'article 10 du TCE [actuel article 4, paragraphe 3 du TUE], qui dispose que les États membres doivent prendre toute mesure propre à assurer l'exécution des obligations découlant du droit communautaire. Cet article est, pour des raisons évidentes, inapte à fonder l'obligation d'interpréter le droit dérivé à la lumière du droit international ».

¹⁹⁴⁴ Pieter Jan KUIJPER note que « [s]ince international law, [...] binds the EU and is automatically part of the law of the EU and as such as primacy over secondary Union law, the least the Court must do is to respect international law in the interpretation of the Union law », (« "It shall contribute ... the Strict Observance and Development of International Law" – The Role of the Court of Justice », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence, op. cit.*, p. 601). Traduction : « puisque le droit international, [...] lie l'Union européenne et devient automatiquement partie intégrante de son droit et prime, en tant que tel, le droit dérivé, le moins que la Cour puisse faire est de respecter le droit international dans l'interprétation du droit de l'Union qu'elle délivre ».

¹⁹⁴⁵ CJCE, 8 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 128 ; CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, préc., pt. 37. Il est à noter que les accords conclus sous l'égide de l'OMC peuvent également être interprétés à la lumière des décisions de l'Organe de règlement des différends. V. Giacomo GATTINARA, « Consistent interpretation of WTO Rulings in EU Legal Order? », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union, op. cit.*, p. 275 ; Marco BRONCKERS, « From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », préc., pp. 889-890. Et la jurisprudence pertinente : CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, préc., pts. 55-56 ; CJCE, 18 juillet 2007, *F.T.S. International BV contre Belastingdienst*, C-490/04, *Rec.* p. I-6749 ; TPI, 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd contre Conseil de l'Union européenne*, préc., pts. 140 et 165 ; TribUE, 4 mars 2010, *Sun Sang Kong Yuen Shoes Factory Corp. Ltd contre Conseil de l'Union européenne*, T-409/06, pts. 103-104

accords internationaux conclus par l'Union sur les textes de droit dérivé de l'Union commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords »¹⁹⁴⁶. Jan Peter Hix considère que le transfert de compétence interprétative des règles OMC à une juridiction internationale pourrait constituer une menace pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, dans la mesure où ces règles orientent la substance des normes unionnaires entrant dans leur champ d'application¹⁹⁴⁷.

694. Malgré son fondement constitutionnel, l'interprétation conforme "externe" s'avère fortement empreinte d'internationalisme. L'article 216, paragraphe 2 du TFUE, qui habilite la Cour de justice à pratiquer l'interprétation conforme, doit en effet s'analyser comme une constitutionnalisation du principe de droit international *pacta sunt servanda*. Dans cette perspective, le caractère endogène de l'obligation d'interprétation conforme aux accords internationaux est relativisé en ce qu'elle ne constitue qu'une formalisation interne d'une prescription matériellement internationale¹⁹⁴⁸. Cette méthode interprétative entend en effet répondre à l'engagement pris par l'Union de respecter ses obligations internationales et de créer une harmonie entre les normes composant les ordres juridiques de l'Union européenne et international¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁶ CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, préc., pt. 44.

¹⁹⁴⁷ Jan Peter HIX soutient ainsi que « *the EU Court of Justice would [...] risk abandoning its interpretive competence over large parts of Union Law to another jurisdiction, which interprets WTO rules in the framework for the objectives and procedures of the WTO, which are different from those of the EU. It could be considered to be a threat to the autonomy of the Union Legal order. The particular nature and context of WTO law therefore pleads against imposing on the EU courts an obligation to interpret domestic measure not only consistent with the provisions of the WTO agreements, but also consistent with dispute settlement rulings* », (« Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 97). Traduction : « La Cour de justice de l'Union [...] risquerait d'abandonner sa compétence pour interpréter de nombreuses règles de droit de l'Union à une autre juridiction, qui interpréterait les règles OMC en considération des objectifs et dans le cadre des procédures du système OMC, qui sont différents de ceux de l'Union européenne. Cette nature et ce contexte spécifiques du droit de l'OMC plaident par conséquent contre la création d'une obligation pour les juridictions de l'Union d'interpréter la législation interne non seulement en conformité avec les accords OMC, mais également avec les décisions de l'ORD ». Philippe LEGER estime de son côté qu'une obligation d'interpréter le droit de l'Union européenne à la lumière des décisions de l'Organe de règlement des différends « *compromettrait l'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans la poursuite des objectifs qui lui sont propres* », (conclusions du 6 avril 2006 sur CJCE, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, Rec. p. I-7723, pt. 79).

¹⁹⁴⁸ V. en ce sens, Giorgio GAJA, Adelina ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Bari/ Rome, Laterza, 2010, p. 233.

¹⁹⁴⁹ Les conclusions de l'avocat général Poiras MADURO mettaient en évidence ce souci de l'Union de donner effet à ses obligations de droit international : « *la Communauté a traditionnellement joué un rôle actif et constructif sur la scène internationale. L'application et l'interprétation du droit communautaire sont par conséquent guidées par la présomption que la Communauté veut honorer ses engagements internationaux. Les juridictions communautaires examinent donc avec soin les obligations qui incombent à la Communauté sur la scène internationale et tiennent juridiquement compte de ces obligations* », (conclusions du 16 janvier 2008, sur

695. L'arrêt *Poulsen*¹⁹⁵⁰ a mis en évidence cette facette internationale de l'obligation d'interprétation conforme. Dans cet arrêt, la Cour de justice devait décider si l'article 6 du règlement communautaire relatif à la conservation des ressources de pêches¹⁹⁵¹, prohibant le stockage à bord de saumons capturés dans certaines zones hors des eaux territoriales des États membres, s'appliquait à un pêcheur danois capitaine d'un vaisseau battant pavillon panaméen. L'article 6 du règlement communautaire a alors été interprété à la lumière des règles de droit international coutumier et conventionnel pertinentes¹⁹⁵², dans la mesure où « *les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international* »¹⁹⁵³. En l'absence de références à une base juridique constitutionnelle, l'interprétation conforme était exercée sur le fondement des principes de droit international *pacta sunt servanda* et *consuetudo est servanda*, émanation du principe général de bonne foi¹⁹⁵⁴. Mais ce n'est que dans l'hypothèse, rencontrée dans l'arrêt *Poulsen*, dans laquelle le droit international invoqué codifie des règles de droit international coutumier, que l'interprétation conforme n'est pas fondée sur le droit constitutionnel de l'Union.

696. Par principe, les juridictions internes restent ainsi formellement investies du pouvoir d'exercer l'interprétation conforme par une règle constitutionnelle interne : l'article 216, paragraphe 2 TFUE. L'ensemble des règles de droit dérivé, antérieures ou postérieures à l'entrée en vigueur des accords internationaux invoqués, sont assujetties à l'interprétation conforme, dès lors que l'article 216, paragraphe 2 du TFUE leur attribue un rang inférieur au

Yassin Abdullah Kadi contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, préc., pt. 33). Le souci de l'Union européenne de respecter ses obligations internationales est constitutionnalisée depuis le Traité de Lisbonne qui cite en l'article 21, paragraphe 1 TUE, parmi les principes cardinaux sur lesquels l'Union européenne repose « *le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international* » ; V. Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., pp. 65-66.

¹⁹⁵⁰ CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemindigheden contre Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, préc.

¹⁹⁵¹ Règlement (CEE) n°3094/86 du Conseil, du 7 octobre 1986, prévoyant certaines mesures techniques de conservation des ressources de pêche, *JO*, L 288, p. 1.

¹⁹⁵² Sont visées les conventions de Genève du 29 avril 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 516, p. 205), sur la haute mer (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 450, p. 11) et sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 559, p. 285), ainsi que la convention pour la conservation du saumon dans l'Atlantique Nord, (*JO* L 378, p. 25).

¹⁹⁵³ CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemindigheden contre Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, préc., pt. 9.

¹⁹⁵⁴ Cherchant à clarifier les rapports entre les principes de bonne foi et *pacta sunt servanda*, Robert KOLB explique ainsi que « *les deux principes se complètent [...] en une forme de consécution : la bonne foi aide par l'interprétation à établir ce qui est dû, pacta sunt servanda lui confère a posteriori une force exécutoire* », (« La bonne foi en droit international public », *R.B.D.I.*, 1998, pp. 661-732 (676)). L'analyse est applicable aux rapports entretenus par le principe de bonne foi avec le principe *consuetudo est servanda*.

droit conventionnel. L'objet de ces règles, qu'il tende ou non à l'exécution du droit conventionnel, est également sans effet sur l'obligation pesant sur la Cour d'appliquer cette méthode d'interprétation¹⁹⁵⁵. Cette indifférence au lien entretenu par l'acte interprété avec la norme conventionnelle invoquée n'a toutefois pas été immédiate.

697. Aux premiers temps de l'interprétation conforme "externe", que l'on situe classiquement à l'arrêt *Interfood*¹⁹⁵⁶, la Cour n'acceptait en effet d'interpréter un acte de droit dérivé à la lumière d'une convention internationale que dans l'hypothèse où le premier incorporait les obligations internationales portées par la seconde¹⁹⁵⁷. En l'espèce, la Cour devait décider si les abricots étaient compris parmi les fruits ayant une teneur en sucre supérieure à 9 % soumis au tarif douanier élevé défini par la Commission dans sa position 20.06. Pour admettre l'opportunité de se livrer à une interprétation conforme "externe", la juridiction de l'Union a relevé que « *le tarif douanier commun ayant fait l'objet d'accords entre la Communauté et ses partenaires dans le cadre du GATT, les principes sous-jacents à ces accords peuvent constituer un élément utile pour l'interprétation des règles de classification qui lui sont applicables* »¹⁹⁵⁸. La jurisprudence de la Cour était alors assimilable à celle des juridictions des États dits dualistes qui, appelées à interpréter un acte interne de transformation du droit international, sont tenues d'employer le second comme référentiel d'interprétation du premier¹⁹⁵⁹.

698. Cette exigence du lien entretenu par les deux actes ne sera rompue que vingt ans plus tard à l'occasion des affaires *Werner*¹⁹⁶⁰ et *Leifer*¹⁹⁶¹. Dans ces deux arrêts, la Cour était

¹⁹⁵⁵ André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., p. 153.

¹⁹⁵⁶ CJCE, 26 avril 1972, *Interfood GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, 92/71, Rec. p. 231.

¹⁹⁵⁷ Javier Díez-HOCLÉITNER, *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, Mac-Graw-Hill, 1998, p. 87. Cette limitation *ratione materiae* de l'obligation d'interprétation conforme est également présente dans la jurisprudence du Conseil d'État belge : CE belge, 23 novembre 1998, n°83584, Rev. dr. étr., 1999, p. 715. Pierre D'ARGENT explique que cette obligation « *s'applique singulièrement lorsqu'est en cause la norme interne par laquelle la Belgique entend donner exécution à la norme internationale qui l'oblige. En d'autres termes, le principe d'interprétation conforme s'applique même lorsque la norme internationale servant de référence pour l'interprétation est dépourvue d'effet direct puisqu'elle a fait l'objet de la mesure d'exécution interne contestée* », (« Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international », préc., pp. 360-361).

¹⁹⁵⁸ CJCE, 26 avril 1972, *Interfood GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, préc., pt. 6, nous soulignons.

¹⁹⁵⁹ L'exemple le plus fameux est l'obligation pour les juridictions anglaises d'interpréter le Human Rights Act à la lumière de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour EDH : Chambre des Lords, 17 juin 2004, *R (on the application of Ullah) v Special Adjudicator*, Appeal judgment, UKHL, n°26, pt. 48 ; V. André NOLLKAEMPER, « The power of secondary rules of International Law to connect the international and national legal orders », préc., p. 31.

¹⁹⁶⁰ CJCE, 17 octobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH contre République fédérale d'Allemagne*, C-70/94, Rec. p. I-3189.

appelée à interpréter le règlement 2603/69 portant établissement d'un régime commun aux exportations¹⁹⁶². Et, bien qu'il fut adopté sans aucune référence au GATT, il fut jugé que « l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce [...] peut être tenu pour pertinent aux fins d'une interprétation d'un instrument communautaire régissant le commerce international »¹⁹⁶³. Était alors initié le changement de perspective qui allait mener à la sujétion de l'ensemble du droit dérivé à l'obligation d'interprétation conforme consacrée par la jurisprudence *International Dairy Agreement*.

699. Par ailleurs, le fondement choisi pour exercer l'interprétation conforme, axé sur la hiérarchie des normes, influe sur les normes internes susceptibles d'être interprétées à la lumière du droit conventionnel. Le droit primaire de l'Union n'est en effet pas concerné par cette obligation. Dans l'affaire *Microsoft contre Commission*, la Cour était appelée par l'entreprise requérante à interpréter l'article 82 du TCE [actuel 102 du TFUE] à la lumière de l'accord ADPIC. La Cour lui opposa un refus estimant que « le principe d'interprétation conforme [...] ne s'applique que dans l'hypothèse où l'accord international en cause a primauté sur le texte de droit communautaire concerné. Un accord international, tel que l'accord ADPIC, n'ayant pas primauté sur le droit communautaire primaire, ce principe ne saurait notamment trouver à s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, la disposition prétendument sujette à interprétation est l'article 82 CE »¹⁹⁶⁴. La base juridique constitutionnelle adoptée pour fonder l'obligation d'interprétation conforme – l'article 216, paragraphe 2 du TFUE – permet donc à la Cour de ne pas prendre en considération les obligations internationales de l'Union pour clarifier la substance du droit primaire. Cette solution est une manifestation de la volonté de la Cour, très commentée à la suite de l'arrêt *Kadi*¹⁹⁶⁵, de ne pas soumettre le droit constitutionnel de l'Union à son environnement

¹⁹⁶¹ CJCE, 17 octobre 1995, *Procédure pénale contre Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, C-83/94, *Rec.* p. I-3231.

¹⁹⁶² Règlement (CEE) n°2603/69 du Conseil, 20 décembre 1969, portant établissement d'un régime commun applicable aux exportations, *JO*, L 324, p. 25.

¹⁹⁶³ CJCE, 17 octobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH contre République fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 23 ; CJCE, 17 octobre 1995, *Procédure pénale contre Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, préc., pt. 24.

¹⁹⁶⁴ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes*, T-201/04, *Rec.* p. II-2977, pt. 798.

¹⁹⁶⁵ CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, préc.

juridique international¹⁹⁶⁶. Le choix de soustraire le droit constitutionnel à l'obligation d'interprétation conforme peut être analysé comme une violation de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux termes duquel « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »¹⁹⁶⁷. Il a été critiqué par Evelyne Lagrange comme marqué par la « vanité de toute tentative de se réfugier derrière les prescriptions les plus solennelles du droit interne pour échapper à son devoir international »¹⁹⁶⁸.

700. L'arrêt *Petrotub*¹⁹⁶⁹ semble toutefois apporter une exception au principe de l'autonomie d'interprétation du droit primaire. En l'espèce, la partie requérante dénonçait l'insuffisance de motivation du règlement antidumping sur certains types de tubes et tuyaux sans soudures¹⁹⁷⁰. Le règlement de base de lutte contre le dumping à l'importation¹⁹⁷¹ ne prescrivait pas une telle motivation, de sorte qu'il n'existait pas de conflit entre les actes de droit dérivé. Mais il était allégué que ce défaut de motivation entraînait en conflit avec l'article 190 du TCE [actuel 296 du TFUE] qui exige la motivation claire et non équivoque de l'acte, de façon à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre leurs droits, et au juge communautaire d'exercer son contrôle. Cette obligation de motivation de la mesure antidumping en cause était également posée par l'article 2.4.2 du Code antidumping de 1994, puisque celui-ci commande aux parties contractantes, dans l'hypothèse où elles emploient une méthode asymétrique de lutte contre le dumping¹⁹⁷², de

¹⁹⁶⁶ V. Frederico CASOLARI, « Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL, (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 407.

¹⁹⁶⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, préc.

¹⁹⁶⁸ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 416.

¹⁹⁶⁹ CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, préc.

¹⁹⁷⁰ Règlement (CE) n°2320/97 du Conseil, 17 novembre 1997, instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Hongrie, de Pologne, de Russie, de la République tchèque, de Roumanie et de la République slovaque, abrogeant le Règlement (CEE) n°1189/93 et clôturant la procédure concernant les importations en provenance de la République de Croatie, *JO*, L 322, p. 1,

¹⁹⁷¹ Règlement (CE) n°384/96 du Conseil, 22 décembre 1995, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne (*JO*, L 56, p. 1), tel que modifié par le Règlement (CE) n°2331/96 du Conseil, 2 décembre 1996, *JO*, L 317, p. 1.

¹⁹⁷² L'article 2, paragraphe 11 du règlement communautaire de lutte contre le dumping présente les différentes méthodes de lutte : « [s]ous réserve des dispositions pertinentes régissant la comparaison équitable, l'existence de marges de dumping au cours de la période d'enquête est normalement établie sur la base d'une comparaison d'une valeur normale moyenne pondérée avec la moyenne pondérée des prix de toutes les exportations vers la Communauté [ci-après la première méthode symétrique] ou sur une comparaison des valeurs normales individuelles et des prix à l'exportation individuels vers la Communauté, transaction par transaction [ci-après la seconde méthode symétrique]. Toutefois, une valeur normale établie sur une moyenne pondérée peut être

fournir une explication quant à la raison pour laquelle les méthodes symétriques ne permettent pas de refléter l'ampleur réelle du dumping. La Cour rappelle alors en toute orthodoxie que « *compte tenu de leur nature et de leur économie, l'accord OMC et les accords et mémorandums figurant dans ses annexes ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires* »¹⁹⁷³, avant d'affirmer que « *[l]es textes communautaires doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international* »¹⁹⁷⁴. L'originalité du raisonnement développé dans l'arrêt *Petrotub* apparaît lorsque la juridiction de l'Union juge que l'absence d'exigence de motivation dans le règlement de base antidumping s'explique « *par l'existence de l'article 190 du traité [article 296 du TFUE]. En effet, une fois assurée la transposition dudit article 2.4.2 par la Communauté, il peut être considéré que l'exigence de motivation spécifique prévue par cette disposition s'intègre dans l'exigence générale de motivation des actes des institutions requise par le traité* »¹⁹⁷⁵. L'arrêt du Tribunal de première instance, qui avait préalablement validé le règlement attaqué, est par suite annulé, la Cour concluant qu'« *il y a lieu de constater que le Tribunal a commis une erreur de droit en estimant, [...] qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération l'article 2.4.2 du code antidumping de 1994 aux fins de déterminer si le Conseil avait satisfait à l'obligation de motivation du règlement attaqué et en jugeant, en conséquence, [...] que ledit règlement était suffisamment motivé au regard de l'article 190 du traité* »¹⁹⁷⁶. De manière tout à fait atypique, une interprétation du droit primaire conforme à un accord international liant l'Union est ainsi exercée.

701. Le décalage entre la solution *Petrotub* et le principe dégagé dans l'affaire *Microsoft*¹⁹⁷⁷, selon lequel le droit primaire n'est pas sujet à l'interprétation conforme, découle du statut particulier du code antidumping dans l'ordre juridique de l'Union, qui procède de sa mise en œuvre par le règlement de base antidumping. Il s'agit en définitive d'un prolongement du raisonnement développé par la Cour de justice à la faveur de la

comparée aux prix de toutes les exportations individuelles vers la Communauté [ci-après la méthode asymétrique] si la configuration des prix à l'exportation diffère sensiblement entre les différents acquéreurs, régions ou périodes et si les méthodes spécifiées dans la première phrase du présent paragraphe ne permettraient pas de refléter l'ampleur réelle du dumping pratiqué ».

¹⁹⁷³ CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil*, préc., pt. 53.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*, pt. 57.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, pt. 58.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, pt. 62.

¹⁹⁷⁷ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes*, préc.

jurisprudence *Nakajima*¹⁹⁷⁸. Il ne s'agit certes pas en l'occurrence de créer une exception au principe selon lequel une norme conventionnelle dépourvue d'effet direct ne peut pas être érigée en norme de référence d'un contrôle de légalité comme c'est le cas lorsque la Cour applique la doctrine *Nakajima*¹⁹⁷⁹. Mais l'acte conventionnel mis en exécution peut, dans l'hypothèse *Petrotub*, constituer un référentiel d'interprétation du droit primaire qui échappe par principe à son influence.

702. Les normes unionnaires sont donc largement assujetties au principe d'interprétation conforme au droit conventionnel. Au-delà, c'est aussi le droit des États membres qui doit être interprété à la lumière des accords internationaux liant l'Union.

ii) Interprétation du droit national à la lumière des accords liant l'Union européenne

703. Aux termes de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, les accords internationaux lient les États membres de l'Union européenne. Le principe de l'interprétation conforme s'applique donc également à leur droit. Dans la mesure où les traités conclus par l'Union européenne constituent une source formelle de son ordre juridique, qui prime de ce fait l'ensemble du droit des États membres, les juridictions nationales sont tenues d'interpréter leur droit à la lumière de ce corpus conventionnel¹⁹⁸⁰. Les droits des Pays-Bas, du Portugal et de l'Allemagne ont par exemple été interprétés à la lumière de l'accord ADPIC, respectivement à l'occasion des arrêts *Hermès*¹⁹⁸¹, *Dior*¹⁹⁸² et *Schieving*¹⁹⁸³.

704. Mais la Cour de justice ne s'appuie pas sur l'article 216, paragraphe 2 du TFUE dans toutes les affaires où elle souhaite proposer une interprétation du droit national d'un État membre conforme au droit conventionnel de l'Union. En effet, lorsque sont en cause les accords bilatéraux d'association ou de coopération, la juridiction de l'Union préfère s'appuyer

¹⁹⁷⁸ CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, préc. Cette proximité logique des deux affaires avait été relevée en 2003 par Geert ZONNEKEYN, (« The ECJ's *Petrotub* judgement: towards a revival of the "Nakajima Doctrine" », préc.).

¹⁹⁷⁹ Pour une analyse exhaustive de la doctrine *Nakajima*, V. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

¹⁹⁸⁰ Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 119.

¹⁹⁸¹ CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, préc.

¹⁹⁸² CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy*, préc.

¹⁹⁸³ CJCE, 8 mars 2001, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-68/99, Rec. p. I-1865.

sur le principe d'effectivité pour fonder le recours à cette technique¹⁹⁸⁴. Dans l'affaire *Ergat*¹⁹⁸⁵, la Cour constitutionnelle allemande appelait la Cour à préciser si, en vertu de la décision 1/80¹⁹⁸⁶ du Conseil d'association UE/Turquie, le droit allemand devait être interprété comme imposant la prorogation du permis de séjour d'un ressortissant turc dans l'hypothèse où sa situation est irrégulière au jour du dépôt de sa demande. Au lieu de se référer à l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, la juridiction de l'Union a fait appel au principe d'effectivité pour fonder l'obligation d'interprétation du droit national : « *l'effet utile de ce droit [d'accès au marché du travail] implique nécessairement l'existence d'un droit corrélatif de séjour également fondé sur le droit communautaire et indépendant du maintien des conditions d'accès à ces droits. En effet, le droit inconditionnel d'accéder à n'importe quelle activité librement choisie par l'intéressé, [...] prévu par l'article 7, [...] de la décision n°1/80 serait vidé de toute substance si les autorités nationales compétentes avaient la possibilité de conditionner ou de restreindre de quelque manière que ce soit l'application des droits précis que le migrant turc s'est vu conférer directement par ladite décision* »¹⁹⁸⁷. En d'autres termes, la norme internationale serait privée d'effectivité si le droit national n'était pas interprété conformément à la norme internationale invoquée par le requérant. Cette singularité de la base juridique choisie pour interpréter le droit des États membres en conformité aux accords d'association peut surprendre, dans la mesure où ils sont formellement des actes de droit international public. Elle n'en est pas moins en cohérence avec l'alignement de leur statut contentieux sur celui du droit d'origine interne de l'Union constaté dans la jurisprudence de la Cour¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸⁴ Selon Frederico CASOLARI « *a revival of the argument, which strictly connects the duty of consistent interpretation with the effectiveness of the rule concerned, appears in the ECJ's rulings dealing with the relationship between the EU international commitments and the municipal law of Member States* », (« Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL, (dir.), *International Law as Law of The European Union, op. cit.*, p. 407). Traduction : selon l'auteur « une renaissance de l'argument, consistant à connecter l'obligation d'interprétation conforme à l'effectivité de la règle concernée, ressort de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux relations entre les accords internationaux conclus par l'Union et le droit interne des États membres ».

¹⁹⁸⁵ CJCE, 16 mars 2000, *Sezgin Ergat contre Stadt Ulm*, C-329/97, Rec. p. I-1487.

¹⁹⁸⁶ Décision n°1/80 du Conseil d'association, 19 septembre 1980, relative au développement de l'association. Le statut contentieux de ces décisions est assimilé par la Cour de justice au droit conventionnel, V. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 2), a), i).

¹⁹⁸⁷ CJCE, 16 mars 2000, *Sezgin Ergat contre Stadt Ulm*, préc., pts. 40-41.

¹⁹⁸⁸ Pedro CRUZ VILLALON, 11 avril 2013, conclusions sur CJUE, *Leyla Ecem Demirkan contre Bundesrepublik Deutschland*, préc., pt. 8, nbp. 4. Pour une présentation de l'assimilation des statuts contentieux du droit de l'Union d'origine interne et des accords d'association, V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2), b).

705. L'abandon de la primauté comme base juridique de l'interprétation conforme s'avèrerait nettement plus contestable s'il s'étendait à des engagements internationaux d'autre nature. C'est ce que put laisser craindre l'arrêt *Lesoochranárske*. La Cour de justice y parvenait à la conclusion qu'« [i]l appartient [...] à la juridiction de renvoi d'interpréter, dans toute la mesure du possible, le droit procédural relatif aux conditions devant être réunies pour exercer un recours administratif ou juridictionnel conformément [...] aux objectifs de l'article 9, paragraphe 3 »¹⁹⁸⁹ de la Convention d'Aarhus, sans s'être préalablement référée à la primauté des accords internationaux sur les actes juridiques émis par les États membres. Cette solution suscitait un certain malaise dès lors qu'elle introduisait inutilement les germes de l'incohérence dans l'interprétation conforme "externe", alors même que l'article 216, paragraphe 2 du TFUE peut en constituer le fondement unique. Mais la Cour a depuis commis le même oubli dans un arrêt *Bericap*, à l'occasion duquel la directive 2004/48¹⁹⁹⁰ fut interprétée à la lumière de l'accord ADPIC, sans que ne soit fait référence à la prévalence de celui-ci¹⁹⁹¹. Le même silence est constaté dans deux autres arrêts¹⁹⁹², à la faveur desquels la Cour a pris en considération la Convention des Nations-Unies relatives aux personnes handicapées¹⁹⁹³, pour préciser la portée de la notion d'« aménagements raisonnables » employée à l'article 5 de la directive 2000/78 sur le droit des personnes handicapées¹⁹⁹⁴.

706. Ce silence de la Cour ne doit toutefois pas être compris comme un abandon du lien tissé entre primauté et interprétation conforme, puisque celui-ci fut rappelé en 2011 dans l'affaire du poulet salé¹⁹⁹⁵, puis en 2012 et 2014 dans les arrêts *Digitalnet*¹⁹⁹⁶ et *Board of*

¹⁹⁸⁹ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 52.

¹⁹⁹⁰ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO L 157, p. 45, et rectificatifs JO 2004, L 195, p. 16, et JO 2007, L 204, p. 27.

¹⁹⁹¹ CJUE, 15 novembre 2012, *Bericap Záródástechnikai Bt. contre Plastinnova 2000 Kft*, C-180/11, pt. 82.

¹⁹⁹² CJUE, 4 juillet 2013, *Commission européenne contre République d'Italie*, préc., pt. 58 ; CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening*, C-335 et 337/11, pt. 53.

¹⁹⁹³ Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, qui a été approuvée au nom de la Communauté européenne par la Décision 2010/48/CE du Conseil, du 26 novembre 2009, JO 2010, L 23, p. 35.

¹⁹⁹⁴ Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303, p. 16.

¹⁹⁹⁵ La juridiction de l'Union confirme l'invocabilité d'interprétation des décisions ORD en affirmant que « la primauté des accords internationaux conclus par l'Union sur les textes de droit dérivé de l'Union commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords » : CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, préc., pt. 44.

¹⁹⁹⁶ CJUE, 22 novembre 2012, *Digitalnet OOD* (C-320/11 et C-383/11), *Tsifrova kompania OOD* (C-330/11) et *M SAT CABLE AD* (C-382/11) contre *Nachalnik na Mitnicheski punkt*, pt. 39.

*management of a Community school*¹⁹⁹⁷. Il est dès lors seulement possible de déplorer le manque de constance de la Cour qui néglige souvent de désigner le fondement de sa pratique de l'interprétation conforme. Mais, hors le cas spécifique des accords d'association, la Cour de justice continue en toute hypothèse de fonder l'interprétation conforme sur la primauté du droit conventionnel.

707. En revanche, les accords internationaux conclus par les États membres qui n'ont pas été réceptionnés dans l'ordre juridique de l'Union ne constituent pas une source formelle du droit de l'Union. Si bien que l'interprétation conforme du droit dérivé à ces engagements internationaux n'est par conséquent pas fondée sur l'article 216, paragraphe 2 du TFUE.

b) Les fondements de l'interprétation conforme aux accords internationaux ne lient pas l'Union

708. La Cour de justice peut interpréter le droit dérivé en conformité avec les stipulations d'un accord international auquel l'Union est tierce. Pour ce faire, la juridiction de l'Union se fonde en principe sur les principes de bonne foi et de coopération loyale (i), ou, lorsque celle-ci existe, sur un acte juridique unilatéral par lequel l'Union s'engage à respecter les prescriptions d'un traité identifié (ii).

i) L'interprétation conforme en principe fondée sur les principes de bonne foi et de coopération loyale

709. L'interprétation du droit dérivé à la lumière du droit conventionnel qui ne lie pas l'Union européenne a longtemps été limitée aux hypothèses où la législation unionaire était édictée afin d'harmoniser les conditions mise en œuvre de ce droit dans les ordres juridiques des États membres. C'est ainsi que dans l'affaire *Tridon*, la Cour jugeait que « *dès lors que tant le règlement n°3626/82 que le règlement n°338/97 s'appliquent, ainsi qu'il est précisé à leur article 1^{er}, second alinéa, dans le respect des objectifs, des principes et, s'agissant de ce*

¹⁹⁹⁷ CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014. *contre A Government Department et The Board of management of a community school*, préc., pt. 72.

dernier règlement, des dispositions de la CITES¹⁹⁹⁸, la Cour ne saurait faire abstraction de ceux-ci dans la mesure où leur prise en compte est nécessaire à l'interprétation des dispositions desdits règlements »¹⁹⁹⁹. Frederico Casolari a relevé qu'en l'espèce, la Cour applique la méthode d'interprétation contextuelle de l'article 31, paragraphe 1 de la Convention de Vienne²⁰⁰⁰. Cette méthode avait déjà été employée dans l'arrêt *Defrenne*²⁰⁰¹ à l'occasion duquel l'article 119 du TCE [actuel 157 du TFUE] fut interprété à la lumière de la Convention n°100 de l'Organisation internationale du travail sur l'égalité de rémunération dans le milieu du travail²⁰⁰². La juridiction de l'Union a par la suite élargi le champ des accords internationaux susceptibles d'être pris en considération pour interpréter son droit dérivé. Au prix d'un changement de base juridique, tous les traités liant les États membres peuvent désormais être employés à cette fin, quand bien même l'acte unionnaire objet de l'interprétation n'aurait pas pour but l'uniformisation de leurs conditions de mise en œuvre.

710. Dans l'affaire *Intertanko*, la Cour de justice était appelée à se prononcer sur la légalité de la directive 2005/35 relative à l'introduction de sanctions en cas de pollutions maritimes²⁰⁰³ à l'aune de la Convention Marpol²⁰⁰⁴, alors même que cette dernière ne liait pas l'Union. La juridiction de l'Union a refusé de se prononcer sur cette question de validité, dans la mesure où ladite Convention n'est pas une source formelle du droit de l'Union, mais a jugé que

¹⁹⁹⁸ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, conclue à Washington le 3 mars 1973, amendée à Bonn le 22 juin 1979, disponible sur internet : <http://www.cites.org/fra/discontref-text.pdf>.

¹⁹⁹⁹ CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale contre Xavier Tridon*, C-510/99, *Rec.* p. I-7777, pt. 25.

²⁰⁰⁰ Frederico CASOLARI, « Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL, (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, p. 410.

²⁰⁰¹ La Cour de justice fait référence à la Convention n°100 OIT pour corroborer l'interprétation qu'elle propose de l'article 119 TCE : « une mise en œuvre intégrale de l'objectif poursuivi par l'article 119 [actuel 157 du TFUE] par l'élimination de toutes discriminations entre travailleurs féminins et masculins, [...] dans la perspective non seulement des entreprises individuelles mais encore de branches entières de l'industrie et même de l'économie globale, peut impliquer [...] la détermination de critères dont la mise en œuvre réclame l'intervention de mesures communautaires et nationales adéquates ; que cette manière de voir s'impose d'autant plus que les actes communautaires sur cette question [...], mettent en œuvre l'article 119 dans le sens d'un élargissement du critère strict d'un "même travail", en conformité notamment avec les dispositions de la Convention n°100 sur l'égalité de rémunération de l'organisation internationale du travail dont l'article 2 envisage l'égalité de rémunération pour un travail "de valeur égale" » : CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, *préc.*, pts. 19-20.

²⁰⁰² Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, adoptée à Genève le 29 juin 1951, entrée en vigueur le 23 mai 1953, disponible sur internet : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/F?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312245.

²⁰⁰³ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil, 7 septembre 2005, relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, *préc.*, et rectificatifs, *JO* 2006, L 33, p. 87 et *JO*, 2006, L 105, p. 65.

²⁰⁰⁴ Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires, signée à Londres le 2 novembre 1973, telle que complétée par le protocole du 17 février 1978, *JORF*, 2 octobre 1983, p. 2919.

« compte tenu du principe coutumier de bonne foi, qui fait partie du droit international général, et de l'article 10 CE, il appartient à la Cour d'interpréter ces dispositions en tenant compte de la convention Marpol 73/78 »²⁰⁰⁵. L'obligation d'interprétation du droit de l'Union à la lumière du droit conventionnel ne liant pas l'Union est donc fondée sur une base juridique hybride. Celle-ci procède en effet de l'articulation d'une obligation internationale, le respect du principe de bonne foi et d'une obligation interne, le principe de coopération loyale désormais codifié dans l'article 4, paragraphe 3 du TUE²⁰⁰⁶. La Cour de justice mêle donc la source matérielle de l'exigence d'interprétation du droit dérivé conforme au droit conventionnel de l'Union (le principe bonne foi)²⁰⁰⁷ et le principe sur lequel est fondé l'exigence d'interprétation conforme "interne" (le principe de coopération loyale)²⁰⁰⁸.

711. Toutefois, si le principe de coopération loyale est effectivement convoqué pour l'interprétation conforme "interne" et "externe"²⁰⁰⁹, il convient de préciser que c'est à sa dimension ascendante que les juridictions nationales sont tenues de donner effet dans la première (les juridictions des États membres assistent l'Union dans l'accomplissement de ses missions), tandis que c'est sa dimension descendante qui motive la seconde (la Cour de justice assiste les États membres pour que ceux-ci ne violent pas leurs obligations internationales). En effet, la juridiction de l'Union souhaite, par l'exercice de l'interprétation conforme "externe", dissoudre les éventuels conflits entre les normes extranationales – unionnaires et purement internationales – obligeant ses États membres. L'avocat général explicitait cette finalité de l'interprétation conforme aux accords liant les États membres, et non l'Union, dans ses conclusions sur l'affaire *Intertanko* : « un conflit entre le droit communautaire et les engagements internationaux des États membres crée toujours des problèmes et est susceptible de porter atteinte à l'effet utile des dispositions concernées du droit communautaire et/ou du droit international. Il est par conséquent rationnel et requis par l'obligation de loyauté

²⁰⁰⁵ CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 52.

²⁰⁰⁶ Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 66.

²⁰⁰⁷ La juridiction de l'Union érige le principe *pacta sunt servanda* en source formelle de son obligation d'interprétation du droit unionnaire conforme aux accords liant les États membres. Or, elle a préalablement établi qu'il s'agit d'une source matérielle de l'interprétation conforme aux accords liant l'Union européenne, la source formelle de cette dernière étant l'article 216, alinéa 2 TFUE. V. *supra*, ce Paragraphe, B, 2, b).

²⁰⁰⁸ Frederico CASOLARI constate en ce sens que « *the Court seems to draw on the same line of thought which stems from the case-law addressing EU Law* », (« Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, p. 411).

²⁰⁰⁹ Sous réserve que soit en cause une Convention ne liant pas l'Union.

communautaire de s'efforcer d'éviter les conflits, en particulier lors de l'interprétation des dispositions en question »²⁰¹⁰.

712. En définitive, il est intéressant de noter que cette jurisprudence permet aux justiciables d'invoquer des normes par principe inapplicables dans l'ordre juridique de l'Union, dans la mesure où elles n'en sont pas une source formelle. En dissolvant le couple applicabilité/invocabilité, la Cour de justice rompt avec le formalisme juridique pour favoriser la conciliation des obligations extranationales des États membres de l'Union, situées au carrefour des systèmes juridiques²⁰¹¹. Jean-Sylvestre Bergé observe que « [c]ette dissociation se justifie par le fait que les situations présentées à titre préjudiciel baignent dans un contexte réglementaire national qui est potentiellement différent de celui qui existe au niveau européen. Dès lors que les deux contextes sont compatibles l'un avec l'autre, [...] puisque le droit européen n'a jamais entendu s'écarter [de l'accord international auquel l'Union est tiers], la Cour de justice développe cette intelligence de rendre une interprétation du droit européen qui tienne complètement compte du contexte réglementaire dans lequel elle sera mise en œuvre par le juge national »²⁰¹².

713. Au-delà, c'est également le champ d'application du droit de l'Union européenne qui est interprété à la lumière de certains accords internationaux auxquels l'Union est tierce. Dans l'affaire *Hongrie contre République slovaque*²⁰¹³ de 2012, la Cour a ainsi cherché à ne pas placer un de ses États membres en délicatesse avec ses obligations internationales, en limitant

²⁰¹⁰ Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 78.

²⁰¹¹ Cette dissociation n'est toutefois pas inédite, puisque les États dualistes pratiquent régulièrement l'interprétation de leur droit national à la lumière de conventions internationales non encore transformées, et donc écartées des sources formelles de leur droit interne. Par exemple, la Cour suprême du Canada juge ainsi que « *Under Canada's federal system of government, the incorporation of international agreements into domestic law is properly the role of the federal Parliament or the provincial legislatures. However, Canada's international obligations can assist courts charged with interpreting the Charter's guarantees. Applying this interpretive tool here supports recognizing a process of collective bargaining as part of the Charter's guarantee of freedom of association* ». Elle s'appuie donc sur le PIDESC, le PIDCP et la Convention n°87 de l'OIT relative à la liberté d'association – alors même qu'ils n'ont pas été transformés en droit canadien par un acte interne – pour interpréter l'article 2 (d) de la Charte canadienne sur les droits et libertés : Cour suprême du Canada, 8 juin 2007, *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia*, 2 SCR 291, 2007 SCC 27, ILDC 857 (CA 2007), pt. 69. Traduction : « Dans le système fédéral canadien, l'incorporation des accords internationaux dans le droit interne est un rôle prioritairement attribué au Parlement fédéral ou aux législateurs des Provinces. Toutefois, les obligations internationales du Canada peuvent être prises en considération par les tribunaux lorsqu'ils interprètent la Charte. L'application de cette technique interprétative plaide en faveur de la reconnaissance d'un droit à une procédure de négociation collective dans la liberté d'association protégée par la Charte ».

²⁰¹² Jean-Sylvestre BERGÉ, « Les mots de l'interaction : compétence, applicabilité et invocabilité », préc., p. 1019.

²⁰¹³ CJUE 16 octobre 2012, *Hongrie contre République slovaque*, C-364/10.

le champ d'application du droit de libre circulation que les citoyens européens tirent des Traités institutifs. La Hongrie alléguait en l'occurrence une violation par la République slovaque du droit d'accès des citoyens européens au territoire de ses États membres, garanti à l'article 21 du TUE, en raison de l'interdiction opposée à son président de pénétrer sur le territoire slovaque. La Cour de justice a alors limité le champ d'application *ratione personae* de l'article 21 du TUE, en soulignant que la spécificité du statut d'un chef d'État soumet l'encadrement juridique de sa mobilité au droit international des relations diplomatique, et plus précisément à la Convention de New York sur les relations diplomatiques²⁰¹⁴. Elle en a conclu que « *la circonstance qu'un citoyen de l'Union exerce les fonctions de chef d'État est de nature à justifier une limitation, fondée sur le droit international, à l'exercice du droit de circulation que l'article 21 TFUE lui confère* »²⁰¹⁵. La Cour de justice ne se cantonne donc pas à harmoniser la substance des obligations extranationales pesant sur les États membres, elle concilie opportunément les champs d'application respectifs du droit international et du droit de l'Union.

ii) L'interprétation conforme résiduellement fondée sur l'engagement unilatéral de l'Union de se conformer à un accord international qui ne la lie pas

714. L'interprétation du droit de l'Union conforme aux Conventions de Genève relatives au statut des réfugiés²⁰¹⁶ et à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme est une obligation imposée par le renvoi explicite à ces instruments internationaux opéré par le droit primaire.

715. Concernant la Convention de Genève relatif au statut des réfugiés, tous les États membres en sont des parties contractantes. L'Union est tierce à cette Convention, mais l'article 78 du TFUE et l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux exigent que le droit d'asile soit garanti dans le respect de cette Convention. Plus précisément, l'article 78, 1^{er}

²⁰¹⁴ Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, annexée à la Résolution 3166 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1973, entrée en vigueur le 20 février 1977, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167.

²⁰¹⁵ CJUE 16 octobre 2012, *Hongrie contre République slovaque*, préc., pt. 51.

²⁰¹⁶ Convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 189, p. 150, n°2545 (1954), entrée en vigueur le 22 avril 1954, complétée et modifiée par le Protocole relatif au statut des réfugiés, conclu à New York le 31 janvier 1967, lequel est entré en vigueur le 4 octobre 1967.

paragraphe du TFUE dispose que l'Union « *développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non-refoulement. Cette politique doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951...* ». L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux impose pour sa part que le droit d'asile soit « *garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951...* », que la jurisprudence de la Cour désigne comme « *la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés* »²⁰¹⁷. En conséquence, lorsqu'une norme de droit dérivé a été adoptée sur le fondement de cette disposition, telle la directive 2004/83²⁰¹⁸ qui a repris en substance les dispositions de la Convention de Genève, la Cour de justice a jugé que l'interprétation de ses dispositions doit être effectuée « *dans le respect de la convention de Genève et des autres traités pertinents visés à l'article 63, premier alinéa, point 1, CE [actuel article 78, 1^{er} paragraphe du TFUE]* »²⁰¹⁹.

716. Dans une affaire *Aboubacar Diakité*, l'avocat général Paolo Mengozzi a développé un raisonnement original pour appeler la Cour de justice à interpréter la directive « *qualifications* »²⁰²⁰ à la lumière des quatre Conventions de Genève de 1949²⁰²¹ auxquelles l'Union n'est pas partie. Il a ainsi soutenu que « *s'il est constant que l'Union n'est pas partie aux conventions de Genève du 12 août 1949 et à leurs protocoles additionnels, la Cour internationale de justice a affirmé que ces actes expriment des "principes intransgressibles du droit international coutumier". En tant que tels, ils lient les institutions, y compris la Cour*

²⁰¹⁷ CJUE, 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla e.a. contre Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Rec.* p. I-1493, pt. 52 ; CJUE, 17 juin 2010, *Nawras Bolbol contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-31/09, *Rec.* p. I-5539, pt. 37.

²⁰¹⁸ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *JO* n° L 304, 30 septembre 2004, p. 12.

²⁰¹⁹ CJUE, 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla e.a. contre Bundesrepublik Deutschland*, préc., pt. 53 ; CJUE, 17 juin 2010, *Nawras Bolbol contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, préc., pt. 38.

²⁰²⁰ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes, qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (*JO* L 304, p. 12, et rectificatif *JO* 2005, L 204, p. 24).

²⁰²¹ Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre ; Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

qui doit assurer une lecture du droit de l'Union conforme à ces principes »²⁰²². Si la juridiction de l'Union venait un jour à s'approprier le raisonnement développé par Paolo Mengozzi, un principe de faveur serait créé au bénéfice des conventions internationales liant ses États membres et codifiant des principes coutumiers jugés intransgressibles par la Cour internationale de justice²⁰²³. En se fondant sur le principe codifié à l'article 3, paragraphe 5 du TUE selon lequel l'Union « contribue au strict respect et au développement du droit international », Paolo Mengozzi propose de manière tout à fait inédite d'attacher à une Convention à laquelle l'Union est tierce, l'effet de lier formellement ses institutions, en dehors de la théorie de la succession. Cette large ouverture de l'ordre juridique de l'Union au droit international pourrait en toute logique permettre d'ériger ces règles conventionnelles intransgressibles en norme de référence d'un contrôle de légalité du droit de l'Union, dans la mesure où elles en seraient désormais une source formelle²⁰²⁴. Les incidences sur les effets de la Convention de Genève de cette construction audacieuse restent cependant limitées en l'espèce. L'avocat général observe ainsi que les champs d'application des deux instruments ne se superposent pas : « alors que le DIH vise principalement à réduire l'impact des conflits armés sur les populations concernées, la protection subsidiaire [assurée par la directive « qualifications »] s'adresse aux personnes qui ont quitté les lieux où le conflit se déroule »²⁰²⁵. Pour cette raison, la Cour a jugé que la cohérence herméneutique des notions communes à ces deux actes ne se justifie pas *in casu*²⁰²⁶. Si bien qu'elle ne s'est pas

²⁰²² Paolo MINGOZZI, 18 juillet 2013, conclusions sur CJUE, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-285/12, pt. 26.

²⁰²³ La Cour internationale de justice érige l'ensemble des normes portées par la Convention de Genève en principes coutumiers intransgressibles dans son avis *Licéité de l'emploi de l'arme nucléaire*. Elle juge ainsi que ces Conventions « s'imposent [...] à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier » : CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 226, pts. 79-80.

²⁰²⁴ Cela rappelle la tentative du Tribunal de première instance de faire appel au *jus cogens* pour contrôler la légalité des actes d'exécution des *smart sanctions* de l'ONU, qui fut annulée par la Cour de justice sur pourvoi : TPICE, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-306 et 315 /01, Rec. p. II-3533 ; CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, préc.

²⁰²⁵ Paolo MINGOZZI, 18 juillet 2013, conclusions sur CJUE, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, préc., pt. 67.

²⁰²⁶ La Cour distingue en effet les objets des Conventions de Genève et de la directive « qualification ». Elle relève tout d'abord que « le législateur de l'Union a souhaité accorder la protection subsidiaire aux personnes concernées non seulement en cas de conflits armés internationaux et de conflits armés ne présentant pas un caractère international, tels que définis par le droit international humanitaire, mais, également, en cas de conflits armés internes, à condition que ces conflits soient caractérisés par le recours à une violence aveugle ». Elle remarque ensuite que « [s]i le droit international humanitaire vise, notamment, à fournir, dans la zone de conflit, une protection aux populations civiles en limitant les effets de la guerre sur les personnes et les biens, il

prononcée sur l'opportunité d'incorporer les conventions internationales exprimant des principes intransgressibles du droit coutumier, auxquelles l'Union est tierce, parmi les sources formelles du droit de l'Union.

717. Concernant la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux, dispose qu'il convient de garantir que la protection conférée par celle-ci, dans les domaines dans lesquels ses dispositions recourent celles de la CEDH, ne soit jamais inférieure à celle qui est instituée par cette dernière²⁰²⁷. Il s'agit donc d'un référentiel d'interprétation dynamique, dans la mesure où la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ne cesse de développer le corpus de droits fondamentaux protégés par l'instrument international dont elle sanctionne les violations²⁰²⁸. C'est pourquoi « *le renvoi que l'article 52, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux fait à la CEDH doit être interprété comme un renvoi dynamique par essence qui englobe l'ensemble de la jurisprudence de la juridiction de Strasbourg* »²⁰²⁹.

718. Dans l'affaire *N.S.*²⁰³⁰, la Cour de justice a délivré une interprétation de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux, prohibant les traitements inhumains et dégradants, directement inspirée de l'arrêt *M.S.S.* rendu un an plus tôt par la Cour européenne des droits de l'Homme²⁰³¹. En l'espèce, les juridictions de renvoi britanniques demandaient à la Cour si

ne prévoit pas, à la différence de [la directive], l'octroi d'une protection internationale à certains civils en dehors de la zone de conflit et du territoire des parties au conflit. Les définitions de la notion de conflit armé retenues en droit international humanitaire ne visent donc pas à identifier les situations dans lesquelles une telle protection serait nécessaire et devrait être accordée par les autorités compétentes des États membres ». Par conséquent, la juridiction de l'Union juge enfin que « *le droit international humanitaire et le régime de la protection subsidiaire prévu par la directive poursuivent des buts différents et instituent des mécanismes de protection clairement séparés* ». Il n'apparaît donc pas nécessaire d'interpréter cette directive à la lumière des Conventions de Genève : CJUE, 30 janvier 2014, *Aboubacar Diakité contre Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, C-285/12, pts. 21-24.

²⁰²⁷ Cet article dispose expressément que « [d]ans 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 ».

²⁰²⁸ Une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme désigne la Convention comme un « *instrument vivant* »; V. Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyler contre Royaume-Uni*, req. n°5856/72, § 31 ; Cour EDH, Gde chbre 16 décembre 1999, *V. contre Royaume-Uni*, req. n°24888/94, § 72.

²⁰²⁹ Verica TRENSTJAK, 22 septembre 2011, conclusions sur CJUE, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, Rec. p. I-13905, pt. 145. Pour une étude prospective "post-adhésion" des effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique de l'Union, V. Piet ECKHOUT, « The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms as an integral part of EU Law – Some reflections on status and effect », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, op. cit., pp. 87-99 (96-98).

²⁰³⁰ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, Rec. p. I-13905.

²⁰³¹ Cour EDH, Gde chbre, 21 janvier 2011, *M.S.S. contre Belgique et Grèce*, req. n°30696/09.

l'obligation de respecter les droits fondamentaux, qui pèse sur l'État membre qui doit effectuer le transfert du demandeur d'asile selon la procédure définie par le règlement 343/2003²⁰³², s'oppose à l'application d'une présomption irréfragable selon laquelle l'État responsable respecte les droits fondamentaux que le droit de l'Union confère au demandeur et/ou les normes minimales résultant des directives susmentionnées. La juridiction de l'Union a estimé que « *dans l'hypothèse où il y aurait lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre, ce transfert serait incompatible avec ladite disposition* »²⁰³³. La présomption selon laquelle l'État responsable, en l'occurrence la République hellénique, respecte les droits fondamentaux doit donc pouvoir être renversée s'il est manifeste que des traitements inhumains et dégradants sont infligés aux demandeurs d'asile au cours de la procédure d'examen de leur demande. Et, pour constater que l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux est violé *in casu* par les autorités grecques, la Cour de justice s'est directement appuyé sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Elle a ainsi indiqué que, dans son arrêt *M.S.S. contre Belgique*²⁰³⁴, « *la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, notamment, que le Royaume de Belgique avait violé l'article 3 de la CEDH, d'une part, en exposant le requérant aux risques résultant des défaillances de la procédure d'asile en Grèce dès lors que les autorités belges* » ont exposé « *le requérant en pleine connaissance de cause à des conditions de détention et d'existence constitutives de traitements dégradants* »²⁰³⁵. Partant, la juridiction de Luxembourg a jugé que « *le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une présomption irréfragable selon laquelle l'État membre que l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 343/2003 désigne comme responsable respecte des droits fondamentaux de l'Union* »²⁰³⁶. La création d'un espace européen de protection uniforme des droits fondamentaux a donc engagé la Cour de justice à interpréter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

²⁰³² Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50, p. 1.

²⁰³³ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, préc., pt. 86.

²⁰³⁴ Cour EDH, Gde chbre, 21 janvier 2011, *M.S.S. contre Belgique et Grèce*, préc., § 358, 360 et 367.

²⁰³⁵ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, préc., pt. 88.

²⁰³⁶ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, préc., pt. 105.

719. Le renvoi d'une source formelle de l'Union à un accord international permet également de fonder l'interprétation conforme lorsque l'Union européenne et certains de ses États membres n'y participent pas. Dans l'affaire *SCF*, la Cour de justice juge que « *bien que l'Union ne soit pas une partie contractante à la convention de Rome*²⁰³⁷, *elle est toutefois tenue, en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, du WPPT, de ne pas entraver les obligations des États membres au titre de cette convention* »²⁰³⁸. Si le renvoi à une prescription conventionnelle – l'article 1^{er}, paragraphe 1 WPPT²⁰³⁹ – apparaît regrettable, dès lors qu'une référence à l'article 4, paragraphe 3 du TUE et au principe de coopération loyale eut été plus fidèle à la jurisprudence *Intertanko*, le résultat est le même : la Cour adopte des interprétations du droit interne insusceptibles de placer les États membres en porte-à-faux vis-à-vis de leurs obligations internationales. L'apport de l'arrêt *SCF*, dont certains auteurs ont signalé l'originalité²⁰⁴⁰, se situe plutôt dans le fait qu'au contraire de la Convention Marpol, tous les États membres de l'Union ne sont pas des parties à la Convention de Rome²⁰⁴¹. Cet arrêt est en effet venu relativiser les craintes de subordination de l'interprétation conforme à la participation de tous les États membres à une convention internationale ne liant pas l'Union européenne, nées suite à l'arrêt *Commune de Mesquer*²⁰⁴². Dans cette affaire, la Cour a constaté que la convention Fipol ne liait pas l'ensemble des États membres de l'Union et en a tiré pour conséquence qu'« *en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive ou de dispositions résultant de conventions internationales auxquelles l'État membre a souscrit, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de*

²⁰³⁷ Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, disponible sur internet : http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html.

²⁰³⁸ CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc., pt. 49.

²⁰³⁹ L'article 1^{er} WPPT stipule que « Aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la [convention de Rome] » : Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000, *JO*, L 89, p. 6.

²⁰⁴⁰ Mettant en perspective le traitement de l'invocabilité de la Convention WPPT et la Convention de Rome, Jean-Sylvestre BERGE souligne « *la facture beaucoup moins classique* » du second exercice, (« Les mots de l'interaction : compétence, applicabilité et invocabilité », préc., p. 1019).

²⁰⁴¹ Le Portugal n'est pas lié par la Convention de Rome. V. Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 74.

²⁰⁴² CJCE, Gde chbre, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer contre Total France SA et Total International Ltd*, C-188/07, *Rec. p. I-4233*.

la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci »²⁰⁴³. Le sens de l'interprétation conforme "externe" se trouvait donc inversé : le droit conventionnel liant les États membres devait ici être interprété à la lumière du droit interne de l'Union. La Cour de justice adoptait une solution marquée par la volonté de protéger les règles unionnaires de l'activité conventionnelle de ses États membres²⁰⁴⁴. La participation de l'ensemble des États membres à un traité auquel l'Union est tierce semblait donc constituer une condition *sine qua non* de son emploi comme référentiel d'interprétation du droit dérivé devant la Cour de justice.

720. Mais ces réticences à interpréter le droit de l'Union européenne à la lumière du droit conventionnel ne liant pas l'ensemble des États membres se dissipent lorsque, comme dans l'affaire *SCF*, un acte unionnaire opère un renvoi au traité en cause. La Cour de justice a confirmé l'importance de ces renvois dans l'affaire *Weryński*²⁰⁴⁵ en interprétant le règlement 1206/2001²⁰⁴⁶ relatif à la coopération judiciaire en matière civile, à la lumière de la Convention de la Haye sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile²⁰⁴⁷. Tous les États membres de l'Union n'étaient pas parties contractantes à ladite Convention, mais la Cour s'est appuyée sur le renvoi opéré à celle-ci par le règlement 1206/2001 pour employer cet instrument conventionnel comme référentiel d'interprétation²⁰⁴⁸. Le fait que la législation interprétée ait été adoptée afin d'harmoniser la mise en œuvre de la Convention liant les États

²⁰⁴³ CJCE, Gde chbre, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer contre Total France SA et Total International Ltd*, préc., pt. 84.

²⁰⁴⁴ Christina ECKES observe en ce sens que « *Commune de Mesquer is an example for the ECJ acting as the defender of the Union's autonomous legal order. European law, both primary and secondary, will prevail over subsequent international treaties concluded by the Member States. [...] Moreover, the ECJ takes the position that avoiding conflicts between international law and European law is predominantly the responsibility of the Member States* », (« Case C-188/07, *Commune de Mesquer v. Total France and Total International Ltd.*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2008 [2008] ECR I-4501; Case C-301/08, *Irene Bogiatzi v. Deutscher Luftpool, Societe Luxair, European Communities, Luxembourg, Foyer Assurances SA*, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 22 October 2009. Annotations », *CML Rev.*, 2010, pp. 899-910 (910)). Traduction : « La jurisprudence *Commune de Mesquer* illustre de quelle manière la Cour de justice agit en gardienne de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Le droit de l'Union, primaire et dérivé, va primer les accords internationaux postérieurs conclus par les États membres. [...] De plus, la Cour de justice fait le choix d'attribuer aux États membres la responsabilité d'éviter la survenance de conflits entre droit international et droit de l'Union ».

²⁰⁴⁵ CJUE, 17 février 2011, *Artur Weryński contre Mediatel 4B spółka z o.o.*, C-283/09, *Rec.* p. I-601.

²⁰⁴⁶ Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, *JO L* 174, p. 1.

²⁰⁴⁷ Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, conclue à La Haye le 18 mars 1970, disponible sur : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=82.

²⁰⁴⁸ La Cour observe ainsi qu'« *il ressort du sixième considérant de ce règlement et de l'article 21, paragraphe 1, de celui-ci que ce dernier remplace la convention de La Haye. Par conséquent, les dispositions pertinentes de la convention de La Haye peuvent être invoquées pour interpréter ledit règlement* » : CJUE, 17 février 2011, *Artur Weryński contre Mediatel 4B spółka z o.o.*, préc., pt. 65.

membres dans l'espace juridique européen n'est plus une condition *sine qua non* de l'application du principe d'interprétation conforme. Il favorise néanmoins l'invocabilité d'interprétation des accords internationaux ne liant pas la totalité des États membres de l'Union.

721. Le constat final est celui d'une grande ouverture de la Cour de justice de l'Union européenne à la doctrine de l'interprétation conforme, permise par la diversité de ses fondements. Il convient maintenant d'examiner dans quelle mesure son exercice s'impose à la justice de l'Union européenne.

2) Le caractère obligatoire de l'interprétation conforme aux accords internationaux liant l'Union

722. La Cour de justice est en principe tenue d'interpréter le droit dérivé en conformité avec les accords internationaux liant l'Union (a). Cette obligation est toutefois neutralisée lorsqu'elle contraint à délivrer une interprétation *contra legem* du droit interne, ou une interprétation qui soit susceptible de mettre en cause un principe général du droit de l'Union européenne (b).

a) Une interprétation conforme en principe obligatoire

723. La création d'une obligation d'interprétation conforme "externe" n'a pas été immédiate dans la jurisprudence de la Cour de justice. Dans l'affaire *Interfood*²⁰⁴⁹ de 1972, première application de la doctrine de l'interprétation conforme, la juridiction de l'Union jugeait que les accords douaniers du GATT « *peuvent* »²⁰⁵⁰ être pris en considération pour interpréter le droit dérivé de l'Union. La version anglaise de l'arrêt, indiquant que « *account should be taken of the content of agreements concluded in the course of the tariff*

²⁰⁴⁹ CJCE, 26 avril 1972, *Interfood GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, préc.

²⁰⁵⁰ *Ibid.*, pt. 6.

conference »²⁰⁵¹, plaide pour une interprétation suggestive de cette possibilité. Il n'en demeure pas moins que le recours à l'interprétation conforme n'était alors pas une obligation, mais une simple possibilité pour la juridiction de l'Union²⁰⁵².

724. L'arrêt *Hoesch*²⁰⁵³ fut le premier à sous-tendre une transformation de cette possibilité en obligation. Il appartenait en l'espèce à la Cour de se prononcer sur l'existence d'une obligation, à la charge des autorités allemandes, d'attribuer à l'entreprise *Hoesch* des licences d'exportation de tubes et de tuyaux vers les États-Unis d'Amérique. La Cour jugeait que pour interpréter le règlement n°60/85, relatif aux restrictions à l'exportation des tubes et tuyaux en acier vers les États-Unis²⁰⁵⁴, « il convient, [...] de tenir compte de la nature de l'arrangement euro-américain. Celui-ci, conclu sur la base de l'article 113 du traité CEE [actuel article 200 du TFUE], constitue un accord au sens de l'article 228 du même traité [actuel article 216 du TFUE]. Un tel accord se caractérise par le fait que ses dispositions lient les institutions de la Communauté aussi bien que les États membres en vertu du traité et qu'elles doivent être exécutées de bonne foi à l'égard de l'autre partie contractante en vertu des règles de droit international public applicables. Il en résulte qu'il incombait aux autorités allemandes de prendre en considération, dans le cadre des critères fixés par l'article 5 du règlement n°60/85, la situation particulière de *Hoesch* telle qu'elle avait fait l'objet des négociations ayant abouti à l'accord en question »²⁰⁵⁵. Le vocabulaire employé dans la version anglaise de l'arrêt atteste de la rupture avec l'approche suggestive de l'interprétation conforme antérieurement portée par l'arrêt *Interfood* : « *account must be taken, secondly, of the nature of the arrangement between the Community and the United States* »²⁰⁵⁶. La Cour de justice

²⁰⁵¹ Une traduction non officielle du point 6 de la version anglaise de l'arrêt *Interfood* pourrait ainsi tenir en la formule qui suit « les accords conclus dans le cadre de la conférence sur les tarifs douaniers devraient être pris en considération », (nous soulignons).

²⁰⁵² Francis SNYDER observe que sous l'empire de la jurisprudence *Interfood*, « *only a very thin line separates the use of international norms as an aid to interpretation, on the one hand, and the principle of consistent interpretation, on the other hand* », (« The gatekeepers, the European Courts and WTO Law », préc., p. 356).

²⁰⁵³ CJCE, 19 octobre 1989, *Hoesch AG et République fédérale d'Allemagne contre Bergrohr GmbH*, 142/88, Rec. p. 3413. Traduction : « une frontière très mince sépare l'utilisation des normes internationales en tant qu'outils d'interprétation, d'un côté, et le principe de l'interprétation conforme, de l'autre ».

²⁰⁵⁴ Règlement n°60/85 du Conseil, du 9 janvier 1985, relatif aux restrictions à l'exportation des tubes et tuyaux en acier vers les États-Unis d'Amérique, JO L 9, p. 13.

²⁰⁵⁵ CJCE, 19 octobre 1989, *Hoesch AG et République fédérale d'Allemagne contre Bergrohr GmbH*, préc., pt. 30.

²⁰⁵⁶ Une traduction non officielle du point 30 de la version anglaise de l'arrêt *Hoesch* pourrait ainsi tenir en la formule qui suit : « la nature de l'accord conclu entre la Communauté et les États Unis doit être pris en considération », (nous soulignons). Tout comme dans la version française officielle de l'arrêt, l'interprétation conforme est donc désignée comme étant obligatoire.

oblige donc les autorités étatiques à interpréter le droit dérivé de l'Union en conformité avec le droit conventionnel liant l'Union européenne.

725. Cette obligation a finalement été érigée en principe à la faveur de l'arrêt *International dairy agreement*. La juridiction de l'Union a ainsi affirmé que « lorsqu'un texte de droit communautaire dérivé exige une interprétation, il doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité »²⁰⁵⁷. La formule est depuis constamment réutilisée dans chaque arrêt où, à défaut d'effet direct, une stipulation conventionnelle est employée comme référentiel d'interprétation du droit dérivé²⁰⁵⁸. Fondée sur la primauté du droit conventionnel, l'interprétation conforme permet d'accorder des effets juridiques à toute obligation conventionnelle, pourvue ou non d'effet direct. Il appartient donc désormais, tant aux juridictions nationales qu'à la Cour de justice, d'interpréter le droit dérivé de l'Union, ainsi que le droit national des États membres, en conformité avec les accords internationaux liant l'Union européenne²⁰⁵⁹. Il convient de préciser que cette obligation n'a pas été explicitement dégagée concernant les accords internationaux liant les États membres auxquels l'Union européenne est tierce.

726. L'obligation d'interpréter le droit des États membres en conformité au droit conventionnel de l'Union européenne s'avère également très contraignante pour les juridictions des États membres. Le champ d'application de cette obligation s'est en effet constamment étendu au gré des évolutions de la jurisprudence de la Cour. Depuis l'arrêt *Lesoochranárske*²⁰⁶⁰, il suffit à la Cour de justice de constater que la stipulation

²⁰⁵⁷ CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 52, nous soulignons.

²⁰⁵⁸ V. par exemple, pour l'interprétation conforme à la convention de Vienne, du 22 mars 1985, pour la protection de la couche d'ozone, et du protocole de Montréal, du 16 septembre 1987, relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (décision 88/540/CEE du Conseil, du 14 octobre 1988, JO L 297, p. 8) : CJCE, 14 juillet 1998, *Gianni Bettati contre Safety Hi-Tech Srl*, C-341/95, Rec. p. I-4355 ; pour l'interprétation conforme aux accords ADPIC (précité) et WPPT (précité) : CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc., pt. 51 ; pour l'interprétation conforme au Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996, approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000 (JO L 89, p. 6) : CJUE, 21 juin 2012, *Titus Alexander Jochen Donner*, C-5/11, pt. 23.

²⁰⁵⁹ V. Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 64 ; Frederico CASSOLARI, « Giving effect to International Law within the EU Legal Order: The doctrine interpretation », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL, (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., p. 403.

²⁰⁶⁰ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc.

conventionnelle invoquée relève « d'un domaine largement couvert »²⁰⁶¹ par le droit de l'Union, pour que la juridiction de renvoi soit contrainte d'interpréter le droit national en conformité avec les obligations tirées d'un accord mixte, telles qu'explicitées par l'arrêt préjudiciel de la Cour²⁰⁶². La souplesse avec laquelle la juridiction de l'Union se reconnaît compétente pour délivrer une interprétation du droit conventionnel, à laquelle les droits nationaux doivent se conformer, même à défaut de législation unionaire dans le domaine concerné par l'accord, est critiquée par la doctrine. Jan Jans y voit une ingérence de la Cour de justice dans le champ de la compétence interprétative des juridictions des États membres. Il soutient ainsi que « *the Court is not only authorised to interpret article 9 (3) Aarhus Convention, but as a matter of Union law there also seems to be an obligation on the Member States to interpret their Laws in the light of the Aarhus Convention. I really do not understand this. I thought that in the absence of EU legislation the implementation of Art. 9 (3) was for the Member States to decide? [...] So where this duty of consistent interpretation comes from: out of thin air?* »²⁰⁶³. En tout état de cause, la Cour de justice a dégagé sa compétence pour interpréter les stipulations relevant d'un domaine largement couvert par le droit de l'Union, et contraint désormais les juridictions des États membres de respecter les interprétations des accords mixtes qu'elle délivre dans l'exercice de cette compétence.

727. L'obligation d'interprétation conforme au droit conventionnel de l'Union européenne pèse donc aussi bien sur la Cour de justice que sur les juridictions des États membres. Elles n'échappent à cette obligation que dans les hypothèses, rares, dans lesquelles une telle pratique conduirait à une interprétation *contra legem* du droit interne, ou mettrait en cause un principe général du droit de l'Union européenne.

²⁰⁶¹ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc., pt. 36. La Cour admet aisément qu'un domaine est largement couvert par le droit de l'Union, même en l'absence de législation unionaire en la matière. V. *supra*, Partie 1 Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2.

²⁰⁶² Pour une délimitation des contours de la compétence de la Cour pour interpréter les accords mixtes, V. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2.

²⁰⁶³ Jan H. JANS, « Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order », préc., p. 94. Traduction : « La Cour n'est pas seulement compétente pour interpréter l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus, mais semble créer, à la charge des États, l'obligation d'interpréter leur droit à la lumière de la Convention d'Aarhus. Cela est réellement incompréhensible. Je croyais qu'en l'absence de législation unionaire, la mise en œuvre de l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus relevait de la compétence des États. Alors d'où sort cette obligation d'interprétation conforme : de nulle part ? ». L'existence d'une législation unionaire dans le champ d'application de l'accord international était en effet antérieurement considérée comme une condition *sine qua non* de la compétence interprétative de la Cour, V. RASS HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, *op. cit.*, p. 310.

b) une interprétation conforme ponctuellement prohibée

728. La première limite à l'interprétation conforme se rencontre lorsqu'il est impossible d'interpréter le droit interne à la lumière de la norme conventionnelle. Deux motifs peuvent causer cette impossibilité. D'une part, la norme interne peut être précise et dépourvue de toute ambiguïté. Dans cette hypothèse, le droit conventionnel ne peut clarifier la substance d'une norme qui est déjà clairement déterminée. Ainsi dans une affaire *Řízení*²⁰⁶⁴, la Cour de justice de l'Union était appelée à préciser si la directive 85/660/CEE²⁰⁶⁵, interprétée à la lumière de la clause de la Nation la plus favorisée du GATS, exigeait le remboursement de la TVA à des entreprises dont le siège social se situe dans des États n'accordant pas de tels remboursements aux entreprises européennes. L'avocat général Paolo Mengozzi a précisé dans ses conclusions que « l'article 2, paragraphe 2, de la treizième directive ne laisse place à aucun doute en termes d'interprétation quant à l'identification des États tiers vis-à-vis desquels les États membres de la Communauté sont autorisés à faire valoir la condition de réciprocité aux fins du remboursement [...]. La disposition en question fait clairement et indistinctement référence à tous les États tiers, sans laisser envisager de possibles exclusions. [Cette disposition], compte tenu de son libellé dépourvu de toute ambiguïté, ne se prête donc pas, selon nous, à une interprétation restrictive »²⁰⁶⁶ qui serait pourtant dictée par la prise en considération de la clause de la Nation la plus favorisée des accords GATS. La juridiction de l'Union a suivi les conclusions de son avocat général, en jugeant que « l'exigence d'interpréter le droit communautaire dérivé, dans la mesure du possible, en conformité avec les accords internationaux conclus par la Communauté ne requiert pas que l'expression "États tiers" figurant à l'article 2, paragraphe 2, de la treizième directive soit interprétée comme étant restreinte aux États tiers qui ne peuvent pas se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée [...] du GATS »²⁰⁶⁷. Il est donc nécessaire que la règle interne soit marquée par une certaine indétermination pour que les juridictions de l'Union puissent appliquer la doctrine de l'interprétation conforme.

²⁰⁶⁴ CJCE, 7 juin 2007, *Řízení letového provozu ČR, s.p. contre Bundesamt für Finanzen*, C-335/05, Rec. p. I-4307.

²⁰⁶⁵ Treizième directive 85/660/CEE du Conseil, du 17 novembre 1986, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Modalités de remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée aux assujettis non établis sur le territoire de la Communauté, JO L326, p. 40.

²⁰⁶⁶ Paolo MENGOZZI, 15 février 2007, conclusions sur CJCE, *Řízení letového provozu ČR, s.p. contre Bundesamt für Finanzen*, C-335/05, Rec. p. I-4307, pts. 59-60.

²⁰⁶⁷ CJCE, 7 juin 2007, *Řízení letového provozu ČR, s.p. contre Bundesamt für Finanzen*, préc., pt. 19.

729. D'autre part, une règle interne entrant dans le champ d'application d'un traité ne se prête pas à l'exercice de l'interprétation conforme lorsqu'une irréductible antinomie oppose les deux normes. La prohibition des interprétations *contra legem* du droit interne est une limite classique de la doctrine de l'interprétation conforme²⁰⁶⁸. Cette prohibition du *contra legem* est d'ailleurs aussi bien opposable à l'interprétation conforme "externe", qu'à l'interprétation conforme "interne"²⁰⁶⁹. Koen Lenaerts a ainsi expliqué, à propos de la norme nationale et de la norme unionaire, que « *si sa signification est claire et qu'elle s'oppose à la disposition de l'accord international, elle ne sera pas susceptible d'interprétation conforme, car ce n'est qu'en l'interprétant contra legem – ce qui équivaldrait à "réduire à néant son contenu normatif"*²⁰⁷⁰ [...] – *qu'il serait possible de parvenir à un résultat conforme à l'accord* »²⁰⁷¹. À titre d'illustration, l'avocat général Jääskinen a mis en évidence l'impossibilité de délivrer une interprétation de l'article 10 du règlement d'Aarhus²⁰⁷² qui soit conforme à l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus. Il a en effet indiqué que, dès lors que « *le champ d'application du règlement d'Aarhus restreint l'accès à la justice par le biais de la définition de l'acte relevant de la procédure de réexamen excessivement restrictive au regard du champ d'application de la Convention d'Aarhus, une interprétation conforme*

²⁰⁶⁸ Certaines juridictions étatiques passent ponctuellement outre la prohibition du *contra legem*. Par exemple, dans une affaire dite des gardes frontières, la Cour suprême fédérale allemande était appelée à interpréter la loi sur les frontières habilitant les gardes frontières à tirer sur des individus aux fins de prévenir la commission de crimes graves à la lumière du Pacte international sur les droits civils et politiques. Alors que cette loi ne semblait guère souffrir d'ambiguïté, la juridiction allemande a estimé qu'interprétée à la lumière du PIDCP, elle prohibait l'usage d'armes à feu sur des détenus fugitifs : Cour suprême fédérale allemande, 3 novembre 1992, *Border Guards Prosecution Case*, BGHSI 30, EuGRZ (1993) 37. Les juridictions allemandes n'ont pas pour autant abandonné le principe de la prohibition de l'interprétation *contra legem*.

²⁰⁶⁹ À l'occasion de l'arrêt *Impact*, la Cour a jugé qu'« *une directive [...] ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national* » : CJCE, 15 avril 2008, *Impact contre Minister for Agriculture and Food et autres*, préc., pt. 100. Il est à noter que Koen LENAERTS et Tim CORTHAUT estiment pour leur part que les juges nationaux ne sont pas contraints par la Cour de justice de procéder à des interprétations conformes, mais ne sont pas pour autant interdits de statuer de la sorte. Ils soulignent que l'ordre juridique de l'Union n'a rien à gagner à prohiber le *contra legem*. Dans cette perspective il existerait une différence de traitement du *contra legem* dans les interprétations conformes internes et externes, dans la mesure où celui-ci est strictement prohibé lorsqu'une norme internationale est employée comme référentiel d'interprétation, (« *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law* », préc., p. 295). En toute hypothèse, comme l'observe Robert KOVAR, la Cour de justice n'impose pas aux juges nationaux d'« *aller à l'encontre du sens clair et incontestable des normes nationales* », (« *L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire* », in *La France, l'Europe et le Monde – Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, pp. 381-394 (386).

²⁰⁷⁰ L'auteur emprunte ici les mots de l'avocat général Paolo MENGOZZI, (conclusions du 15 février 2005 sur CJCE, *Řízení letového provozu ČR, s.p. contre Bundesamt für Finanzen*, préc., pt. 58).

²⁰⁷¹ Koen LENAERTS, « *Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union* », préc., p. 514.

²⁰⁷² Règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, préc., pp. 13-19.

me paraît exclus en l'espèce »²⁰⁷³. L'impossibilité de prendre en considération la norme conventionnelle pour orienter l'interprétation de la règle interne qui lui est incompatible est au cœur de la complémentarité de l'invocabilité d'interprétation avec l'invocabilité en qualité de critère de la légalité des actes internes. C'est ainsi précisément dans l'hypothèse du conflit de normes que l'effet direct révèle toute son utilité, dans la mesure où il permet au justiciable de se prévaloir de la norme conventionnelle pour réclamer l'invalidation ou l'inapplication de la règle interne contraire à ses prescriptions²⁰⁷⁴.

730. La seconde limite de l'interprétation conforme se situe dans l'impossibilité de mettre en cause un principe général du droit de l'Union européenne. L'avocat général Cruz-Villalon a rappelé, à l'occasion d'une affaire *Association de médiation Sociale*, que « l'obligation pour le juge national de se référer au contenu d'une directive lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne trouve ses limites dans les principes généraux du droit »²⁰⁷⁵. Cette limite est également valable lorsqu'est en cause une norme conventionnelle²⁰⁷⁶. La Cour de justice entend notamment éviter que soient mis en cause les principes de sécurité juridique, de légalité des délits et des peines et de non rétroactivité des incriminations. La doctrine de l'interprétation conforme se trouve ainsi enserrée dans un corset plus étroit lorsqu'elle trouve à s'appliquer en matière pénale. La juridiction de l'Union s'oppose à la rétroactivité des normes unionnaires susceptibles d'avoir un effet sur la responsabilité pénale des personnes privées²⁰⁷⁷. Elle a par exemple jugé dans une affaire *Arcaro* que l'« obligation pour le juge national de se référer au contenu de la directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites lorsqu'elle conduit à déterminer ou à aggraver, sur la base de la directive et en l'absence d'une loi prise

²⁰⁷³ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 137.

²⁰⁷⁴ André NOLLKAEMPER explique en ce sens que « [w]hile in states that allow direct effect and supremacy of international law the consequence of direct effect can be that an international obligation is enforced even against a conflicting rule of national law, consistent interpretation in principle lacks that power and has to operate within the bounds of, and in conformity with, domestic law », (*National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., pp. 162-163). Traduction : « Alors que, dans les États qui admettent l'effet direct et la primauté du droit international, la conséquence de l'effet direct peut être l'application de l'obligation internationale en lieu et place de la règle nationale entrant en conflit avec celle-ci, l'interprétation conforme est privée de cette potentialité et ne peut trouver à s'appliquer qu'en présence, et en conformité avec le droit interne ».

²⁰⁷⁵ Pedro CRUZ VILLALON, 18 juillet 2013, conclusions sur CJUE, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT*, C-176/12, pt. 88.

²⁰⁷⁶ Rass HOLDGAARD, *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, op. cit., p. 312.

²⁰⁷⁷ Jean-Paul JACQUE, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2008, pp. 715-717 (717).

pour sa mise en œuvre, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions »²⁰⁷⁸. En dehors du domaine pénal, la sécurité juridique ne paraît pas s'opposer aussi strictement à la création d'obligations à la charge des personnes privées. La Cour de justice a refusé dans l'affaire *Pfeiffer* de retenir une interprétation du droit allemand susceptible de contrevenir aux prescriptions de la directive 93/104 et a contraint la Croix Rouge à limiter le temps de travail hebdomadaire de ses employés à 48 heures²⁰⁷⁹. De sorte que l'interprétation du droit allemand conforme au droit de l'Union européenne a créé une obligation à charge de la Croix Rouge de réduire le temps de travail de ses employés. La stabilité de la situation contractuelle liant la Croix Rouge à ses agents a donc été ébranlée. C'est donc principalement dans le domaine pénal que les principes généraux du droit de l'Union entravent donc l'exercice de l'interprétation conforme. Cela explique que cette seconde limite menace peu l'effet indirect du droit conventionnel qui n'intervient guère en matière pénale.

731. La Cour de justice interprète donc avec constance le droit de l'Union européenne à la lumière des accords internationaux. Cette technique d'interprétation du droit dérivé est fondée sur la primauté du droit conventionnel et revêt par conséquent un caractère obligatoire lorsque l'accord invoqué comme référentiel d'interprétation a été réceptionné dans l'ordre juridique de l'Union. Le Conseil d'État n'a pour sa part pas ciblé une norme l'habilitant à exercer l'interprétation conforme et reste profondément réticent à généraliser son application.

B. Des fondements indéterminés conférant un caractère facultatif à l'interprétation conforme devant le Conseil d'État

732. L'interprétation conforme est plus ponctuellement pratiquée par le Conseil d'État français que par la Cour de justice. La très haute juridiction administrative ne l'exerce que pour réduire certaines antinomies entre des normes conventionnelles et françaises qui, si elles

²⁰⁷⁸ CJCE, 26 septembre 1996, *Procédure pénale contre Arcaro*, C-168/95, *Rec.* p. I-4705, pt. 42. Dans l'affaire *Berlusconi*, la Cour estime de la même manière qu'une directive ne peut pas avoir pour effet « par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions » : CJCE, Gde chbre, 3 mai 2005, *Procédure Pénale contre Berlusconi*, C-387, 291 et 405/02, *Rec.* p. I-3565, pt. 44 ; V. également CJCE, Gde chbre, 16 juin 2005, *Procédure Pénale contre Maria Pupino*, préc.

²⁰⁷⁹ CJCE, 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer e.a. contre Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut*, préc., pt. 120.

étaient appréhendées sur le terrain du conflit de normes, causeraient l'invalidation des secondes. Autrement dit, l'interprétation conforme se voit confinée au rôle de palliatif à l'invalidation normative. De telle sorte qu'elle n'est pas exercée lorsque le droit interne n'apparaît pas incompatible avec une règle conventionnelle. L'interprétation conforme est donc davantage fondée sur un argument de stratégie jurisprudentielle, le contournement du conflit de normes, que sur une règle de droit déterminée (1). Si bien que l'exercice de l'interprétation conforme n'est pas imposé au Conseil d'État français, dans la mesure où il peut ne pas y procéder dans toutes les hypothèses où les règles conventionnelles et internes ne sont pas en conflit (2).

1) Les fondements indéterminés de l'interprétation conforme

733. L'interprétation conforme n'est pas explicitement fondée sur la primauté du droit conventionnel dans la jurisprudence du Conseil d'État. Il convient d'examiner si celle-ci n'en constitue pas pour autant un fondement implicite. La pratique de l'interprétation conforme s'est développée en France sous l'impulsion de la doctrine Matter, héritée de l'arrêt de la Cour de cassation *Sanchez contre Gozland*²⁰⁸⁰. Le Conseil d'État se l'est approprié en 1965 dans une affaire *Hurni*²⁰⁸¹, en s'estimant compétent pour interpréter le droit national à la lumière d'un accord international²⁰⁸². En l'espèce, le Conseil d'État a interprété la loi du 24 septembre 1941²⁰⁸³ qui prohibait l'accès des étrangers à la profession de débitant de boissons alcoolisées à la lumière du Traité d'établissement franco-suisse²⁰⁸⁴. Il en a conclu que le législateur n'avait pas entendu viser les ressortissants suisses destinataires dudit Traité, qui reconnaissait aux intéressés le bénéfice du traitement réservé aux ressortissants français. Rendu 24 ans avant la jurisprudence *Nicolo*²⁰⁸⁵, l'arrêt *Hurni* fournissait un enseignement

²⁰⁸⁰ Cass. civ., 22 décembre 1931, *Sanchez contre Gozland*, *J.D.I. (Clunet)*, 1932, p. 683.

²⁰⁸¹ CE, 7 avril 1965, *Secrétaire d'État au commerce extérieur contre Hurni*, n°57537, *Leb.* p. 226.

²⁰⁸² Du point de vue de la séparation des pouvoirs, il n'est pas inintéressant de constater que le pouvoir exécutif, alors interprète du droit conventionnel, détenait de cette façon une compétence d'interprétation indirecte de la loi. Rappelons que jusqu'à l'arrêt *GISTI* de 1990 (CE, ass., 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.), le ministère des affaires étrangères était compétent pour interpréter le droit conventionnel. Il détenait par là le pouvoir de préciser la substance normative des actes législatifs interprétés à la lumière des accords internationaux.

²⁰⁸³ Loi du 24 septembre 1941 modifiant la loi du 23 août 1940 contre l'alcoolisme, *JORF*, 8 octobre 1941, p. 4330.

²⁰⁸⁴ Traité d'établissement franco-suisse, 23 février 1882, (55) 545.

²⁰⁸⁵ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

d'importance : l'interprétation conforme aux normes internationales n'était vraisemblablement pas fondée sur sa primauté, dans la mesure où le Conseil d'État ne s'estimait alors pas compétent pour attacher des effets juridiques à l'article 55 de la Constitution.

734. Le fondement de l'interprétation conforme est resté indéterminé dans l'arrêt *France Terre d'Asile* de 1978²⁰⁸⁶. À son occasion, le décret relatif aux autorisations de travail délivrées aux travailleurs étrangers²⁰⁸⁷ a été interprété à la lumière de la Convention de Genève sur le droit des réfugiés²⁰⁸⁸. Le Conseil d'État a ainsi jugé que, conformément à l'article 17-1 de ladite Convention, le décret devait être interprété comme réservant aux réfugiés le bénéfice du traitement le plus favorable accordé aux étrangers en situation régulière. Le Conseil d'État confirmait de cette manière son ouverture à la technique de l'interprétation conforme, sans pour autant prendre le soin de clarifier son fondement.

735. Dans l'affaire *Commune de Breil-sur-Roya*²⁰⁸⁹, les requérants demandaient au Conseil d'État d'interpréter l'article L. 2122-21-9 du code général des collectivités territoriales²⁰⁹⁰ en conformité avec les articles 6 et 9 de la Convention de Berne²⁰⁹¹, et les articles 12 et 16 de la directive "habitats"²⁰⁹². Or, les articles les articles 12 et 16 de la directive "habitats" constituent respectivement les normes unionnaires d'incorporation des articles 6²⁰⁹³ et 9²⁰⁹⁴ de

²⁰⁸⁶ CE, 27 janvier 1978, *Association France Terre d'Asile*, préc.

²⁰⁸⁷ Décret n°75-1088 du 21 novembre 1975 pris pour l'application de l'article L 341-4 du Code du travail et relatif aux autorisations de travail délivrées aux travailleurs étrangers, *JORF*, 25 novembre 1975, p. 12075.

²⁰⁸⁸ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, *Recueil des Traités*, Vol n°855, p. I-2545.

²⁰⁸⁹ CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, n°204756, *Leb.* p. 581.

²⁰⁹⁰ Cet article dispose : « Sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'État dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier [...] 9) De prendre, à défaut des propriétaires ou des détenteurs du droit de chasse, à ce dûment invités, toutes les mesures nécessaires à la destruction [...] des loups et sangliers remis sur le territoire ; de requérir, [...] les habitants avec armes et chiens propres à la chasse de ces animaux, à l'effet de détruire ces derniers, de surveiller et d'assurer l'exécution des mesures ci-dessus et d'en dresser procès-verbal » : Loi 96-142, du 21 février 1996, *JORF* 24 février du 1996 ; depuis modifié par Ordonnance n°2003-1212 du 18 décembre 2003 - art. 3 *JORF* du 20 décembre 2003.

²⁰⁹¹ Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, ouverte à la signature à Berne le 19 septembre 1979, *JORF* n°198 du 28 août 1990, p. 10462.

²⁰⁹² Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JO L* 59, 8 mars 1996, p. 63.

²⁰⁹³ Article 6 de la Convention de Berne : « Chaque partie contractante prend les mesures législatives et réglementaires nécessaires pour assurer la conservation particulière des espèces de faune sauvage énumérées dans l'annexe II. Seront notamment interdits, pour ces espèces : a) Toute forme de capture intentionnelle, de détention et de mise à mort intentionnelle [...] c) La perturbation de la faune sauvage, notamment durant la période de reproduction, de dépendance et d'hibernation...; que le loup figure à l'annexe II à cette convention » ; article 12 de la directive habitats : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour instaurer un système de protection stricte des espèces animales figurant à l'annexe IV point a), dans leur aire de répartition naturelle, interdisant : a) toute forme de capture ou de mort intentionnelle de spécimens de ces

la Convention de Berne. Autrement dit, leur substance normative est identique. Le Conseil d'État a d'abord jugé qu'il lui appartenait d'examiner si L. 2122-21-9 du code général des collectivités territoriales est susceptible d'une « *interprétation qui soit conforme* » aux articles 12 et 16 de la directive «habitats». Mais, il refuse en revanche d'employer la Convention de Berne comme référentiel d'interprétation, dans la mesure où ses « *stipulations ne créent d'obligations qu'entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne* ». Il apparaît alors difficile de soutenir que l'exercice de l'interprétation conforme est fondé sur l'article 55 de la Constitution de 1958, puisque la primauté des accords internationaux profite aussi à ceux d'entre eux qui ne produisent pas d'effet direct.

736. De la même manière, les juridictions espagnoles n'ont pas fondé l'interprétation conforme sur la primauté du droit conventionnel. Mais, au contraire du Conseil d'État français, le choix opéré par les juridictions espagnoles de ne pas fonder cette pratique sur une règle de hiérarchie procède de la volonté de diffuser son exercice. Elles interprètent en effet la Constitution en conformité avec le droit conventionnel, ainsi que l'exige l'article 10.2 de la Constitution espagnole, en dépit de la suprématie de cette dernière dans l'ordre juridique espagnol²⁰⁹⁵. La pratique de l'interprétation conforme au droit conventionnel n'est donc pas systématiquement fondée sur une règle de hiérarchie dans les ordres juridiques européens. Et le Conseil d'État entre dans la catégorie des juridictions qui n'ont pas encore clairement désigné les fondements de leur pratique de l'interprétation conforme.

espèces dans la nature ; b) la perturbation intentionnelle de ces espèces, notamment durant la période de reproduction et de dépendance ».

²⁰⁹⁴ Article 9 de la Convention de Berne : « *À condition qu'il n'existe pas une autre solution satisfaisante et que la dérogation ne nuise pas à la survie de la population concernée, chaque partie contractante peut déroger à l'interdiction de capture, de détention et de mise à mort intentionnelles des espèces protégées pour prévenir des dommages importants aux cultures, au bétail, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et aux autres formes de propriété [...], dans l'intérêt de la santé et de la sécurité publique* » ; article 16 de la directive habitats : « *À condition qu'il n'existe pas une autre solution satisfaisante et que la dérogation ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle, les États membres peuvent déroger aux dispositions des articles 12, 13, 14 et de l'article 15 points a) et b) : [...] b) pour prévenir des dommages importants notamment aux cultures, à l'élevage, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et à d'autres formes de propriété ; c) dans l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques, ou pour d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique* ».

²⁰⁹⁵ Romualdo BERMEJO GARCIA, Valentin BOU FRANCH, Carlos VALDES DIAZ, José Antonio PAJA BURGOA, « Espagne », in Pierre-Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, op. cit., pp. 183-240 (221) ; Saïda EL BOUDOUHI observe qu'« *on constate que dans le cas de l'Espagne, comme dans d'autres, l'interprétation conforme n'a pas uniquement pour fonction de pallier l'absence d'effet direct, puisque la Constitution prime sur les traités internationaux, mais de permettre la prise en compte du droit international y compris face aux normes suprêmes* », (« Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », préc., p. 380).

737. Par voie de conséquence, l'exercice de l'interprétation conforme ne s'impose pas au Conseil d'État, qui n'a que très ponctuellement recours à cette technique d'interprétation.

2) Le caractère facultatif de l'interprétation conforme

738. Les réticences du Conseil d'État à reconnaître un caractère obligatoire à l'interprétation conforme au droit conventionnel international contrastent avec la clarté avec laquelle il l'a admis lorsqu'est invoqué le droit unionnaire à cette même fin²⁰⁹⁶. Les premiers arrêts à l'occasion desquels le Conseil d'État a interprété le droit français à la lumière du droit communautaire n'ont cependant pas explicitement consacré son caractère obligatoire, et ont limité son champ d'application aux actes nationaux de mise en œuvre du droit communautaire. La très haute juridiction administrative estimait ainsi, dans l'affaire du *cercle militaire de la caserne Mortier*, que les dispositions de l'article 256 B du code général des impôts « *prises pour l'adaptation de la législation nationale à la directive n° 77/388/CEE du 17 mai 1977 [...] doivent être interprétées en ce sens que les personnes morales de droit public sont en tout état de cause assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée à raison des opérations de leurs cantines et établissements similaires* »²⁰⁹⁷. Mais, à l'occasion de l'affaire *Commune de Breil-sur-Roya*, le Conseil d'État a écarté cette limite, en affirmant « *qu'il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en lui donnant, dans tous les cas où celle-ci se trouve dans le champ d'application d'une règle communautaire, une interprétation qui soit conforme au droit communautaire* »²⁰⁹⁸. Ce sont désormais toutes les normes nationales entrant dans le champ d'application d'une règle unionnaire qui doivent être interprétées à la

²⁰⁹⁶ Pour l'interprétation du droit français conforme au droit de l'Union européenne, V. par exemple, CE, sect., 22 décembre 1989, *Ministre du budget contre Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, n°86113, *Leb.* p. 260 ; CE, 9 janvier 1991, *Ministre du budget contre Société coopérative Caisse immobilière commerciale et industrielle*, *Leb.* p. 7 ; CE, 6/4 SSR, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, préc.

²⁰⁹⁷ CE, sect., 22 décembre 1989, *Ministre du budget contre Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, préc. nous soulignons ; V. également : CE, 29 décembre 1995, *Société Sudfer*, n°118754, *Leb.* p. 465.

²⁰⁹⁸ CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, préc. Nous soulignons. La formule est depuis employée avec une certaine constance par le Conseil d'État lorsqu'il interprète le droit national à la lumière du droit de l'Union européenne : CE, 8 décembre 2000, *Commune de Roquebillière*, n°205247, inédit ; CE, 8 décembre 2000, *Commune d'Auvare*, n°205241, inédit ; CE, 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, n°245076, *Leb.* p. 347 ; CE, 20 avril 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°271216, *Tables Leb.* p. 703 ; CE, 26 avril 2006, *Association FERUS*, n°271670, *Tables Leb.* pp. 772, 958 ; CE, 10 juillet 2006, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°281855, inédit ; CE, 4 février 2008, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°294867, inédit.

lumière de ce droit, aussi bien par les autorités juridictionnelles qu'administratives. L'obligation d'interprétation conforme au droit conventionnel international général est restée beaucoup plus incertaine.

739. Il est vrai que le Conseil d'État a déjà interprété le droit français à la lumière de normes conventionnelles. Ce fut notamment le cas dans les arrêts *Bitouzet*²⁰⁹⁹ et *Conseil national des barreaux*²¹⁰⁰. Mais peut-on déduire de ces espèces l'existence d'une obligation pesant sur le Conseil d'État d'interpréter droit national en conformité avec le droit conventionnel *in globo* ? Rien de moins sûr. L'arrêt *Bitouzet* est certes animé d'une indéniable volonté de donner effet aux « exigences de la hiérarchie des normes » imposant « sans cesse davantage une interprétation de la loi conforme [...] aux engagements internationaux »²¹⁰¹. La volonté de sauvegarder la légalité est ainsi manifeste dans l'interprétation conforme exercée par le Conseil d'État. Il n'en demeure pas moins évident qu'« avant toutes choses, il s'agissait d'écarter le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme »²¹⁰². La jurisprudence du Conseil d'État relative à la CEDH est marquée par deux préoccupations, déjà relevées en 1978 par Daniel Labetoulle : « d'une part, éviter toute solution qui serait radicalement incompatible avec la jurisprudence de la Cour ; d'autre part, éviter toute solution qui, sur un point, marquerait une rupture avec le droit français »²¹⁰³. Et la technique de l'interprétation conforme permet au Conseil d'État de se conformer à ces deux exigences. Selon Bruno Genevois, l'objectif poursuivi est alors « de recourir à une interprétation neutralisante des normes internes face à la Convention, plutôt que de les censurer pour contrariété à cette dernière »²¹⁰⁴. Il convient de s'écarter du terrain de la

²⁰⁹⁹ CE, sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592, *Leb.* p. 288.

²¹⁰⁰ CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux-Conseil des barreaux européens*, n°s 296845 et 296907, *Leb.* p. 129, com. Marie GAUTIER, « De Bruxelles à Paris en passant par Luxembourg et en songeant à Strasbourg : exemple de dialogue des juges », *D.A.*, 2008, n°6, pp. 30-33.

²¹⁰¹ V. Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 877-886 (881) ; Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY relaient la même idée, affirmant que « l'interprétation conforme est aujourd'hui avant tout conçue comme un moyen de faire prévaloir la norme internationale », (« Application de la norme internationale », préc., pt. 58).

²¹⁰² Denys DE BECHILLON, « Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 841-846 (844).

²¹⁰³ Daniel LABETOULLE, conclusions sur CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, préc.

²¹⁰⁴ Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2007, pp. 13-18 (13). Dans ses conclusions sur l'affaire *Nicolo*, Partick FRYDMAN désignait déjà l'interprétation conforme comme un instrument permettant de limiter les hypothèses de violation législative du droit conventionnel. Le commissaire du gouvernement indiquait ainsi aux juges du Conseil d'État qu'ils disposaient « de la ressource fort utile de l'interprétation, qui [...] permettra en quelque sorte de vider les textes législatifs de leur contrariété », (conclusions sur CE, ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Leb.*, p. 196).

Convention européenne des droits de l'homme²¹⁰⁵ pour vérifier si la primauté des accords internationaux implique nécessairement l'interprétation conforme du droit national.

740. L'arrêt *Commune de Breil-sur-Roya*²¹⁰⁶, à l'occasion duquel le Conseil d'État n'a pas interprété le Code français des collectivités territoriales à la lumière de la Convention de Berne, au motif que cette dernière était dépourvue d'effet direct, incite à penser que l'interprétation conforme ne revêt pas de caractère obligatoire dans la jurisprudence administrative. Privée de fondement juridique explicite dans les affaires où elle est exercée, l'interprétation conforme demeure une pratique dont l'exercice n'a rien de systématique dans la jurisprudence administrative. L'exercice de l'interprétation conforme paraît en effet réservé aux hypothèses où une redéfinition de la substance du droit national – prenant en considération le droit de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme – est la seule alternative à son invalidation ou à la sanction internationale de l'État. En cela, la jurisprudence du Conseil d'État accrédite l'idée avancée par Evelyne Lagrange selon laquelle lorsqu'un ordre juridique est fermée à la pratique de l'interprétation conforme, cette « *clôture peut céder sous la pression d'un juge international saisi par une personne privée* »²¹⁰⁷. Cette approche de l'interprétation conforme, consistant à l'appréhender comme une alternative à l'invalidation, semble exclure les stipulations conventionnelles sans effet direct de son champ d'application. Leur inaptitude à fonder l'inapplication des normes internes incompatibles – confirmée dans l'arrêt *GISTI et FAPIL*²¹⁰⁸ – les condamnerait ainsi pour l'instant à rester sans effet, même indirect, devant les juridictions administratives françaises. Il y aurait là une forme d'« *exception française* »²¹⁰⁹, puisque la majorité des systèmes constitutionnels étatiques, qu'ils soient dits monistes²¹¹⁰ ou dualistes²¹¹¹, ont accordé un caractère obligatoire à la

²¹⁰⁵ Signalons simplement l'arrêt *Association Ekin*, à l'occasion duquel l'article 14 modifié de la loi du 29 juillet 1881 – conférant au ministre de l'Intérieur un pouvoir d'interdiction des publications de provenance étrangère – a été interprété à la lumière des articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme pour le soumettre à un entier contrôle : CE, Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, *Leb.* p. 300.

²¹⁰⁶ CE, 6/4 SSR, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, préc.

²¹⁰⁷ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 436.

²¹⁰⁸ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

²¹⁰⁹ L'expression est empruntée à Saïda EL BOUDOUHI, (« Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », préc., p. 381).

²¹¹⁰ Les juridictions administratives belges et hollandaises utilisent régulièrement cette méthode d'interprétation. Pour exemple, la juridiction suprême hollandaise a interprété son Code pénal à la lumière de l'article 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, alors même que cette disposition est dépourvue d'effet direct : Hoge Raad, 2 mai 1995, *NJ*, p. 621 ; en Belgique, l'article 84

pratique de l'interprétation conforme, en vertu du principe de « *treaty friendly interpretation* »²¹¹².

741. La position du Conseil d'État est regrettable dans la mesure où, en exerçant l'interprétation conforme, le juge évite de s'ingérer dans la sphère des pouvoirs exécutif et législatif²¹¹³. Formellement, ce sont en effet les lois et règlements, qui ne peuvent pas être interprétés *contra legem*²¹¹⁴, qui sont alors appliqués. Cette spécificité de l'invocabilité d'interprétation conforme a par exemple été prise en considération par les juges hollandais qui l'ont conséquemment détaché de l'effet direct des normes conventionnelles²¹¹⁵. Le Conseil d'État français n'a pour autant pas explicitement attaché l'interprétation conforme à l'effet direct du droit conventionnel ; pas plus qu'elle ne l'a expressément détaché de la primauté de ce droit. Sa jurisprudence relative à l'interprétation conforme du droit conventionnel n'est en définitive pas encore pleinement construite. Il n'est dès lors pas exclu que, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'invocabilité d'interprétation des accords

alinéa 2 de la loi sur la nomination du personnel communal est interprété à la lumière de l'article 12 du Pacte international des droits civils et politiques : CE belge, 20 novembre 1991, *Grahame*, n°38138, R.A.C.E. p.23.

²¹¹¹ Cour suprême canadienne, 9 juillet 1999, *Baker contre Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2 SCR 817 ; Cour suprême canadienne, 26 août, 2001, *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) contre Hudson (Ville)*, 2 SCR 241 ; Cour suprême canadienne, 1^{er} novembre 2002, *Suresh contre Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1 SCR 3 ; V. Jean D'ASPROMONT, « Du dualisme au monisme. La révolution silencieuse de la Cour suprême du Canada », *R.B.D.I.*, 2003, pp. 397-409 ; Chambre des Lords, 8 décembre 2005, *A (FC) contre Secretary of the State for the Home Department (Conjoined Appeals)*, UKHL, n°71.

²¹¹² Niilo JÄÄSKINEN explique que, dans les ordres juridiques ayant adhéré à la doctrine de la transformation, « l'interprétation des dispositions internes [...] est régie par le principe de "treaty friendly interpretation" afin d'éviter, dans la mesure du possible, les conflits éventuels entre la disposition nationale et une obligation conventionnelle » : Niilo Jääskinen, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 37.

²¹¹³ Pieter Jan KUIJPER note qu'en se livrant à l'exercice de l'interprétation conforme, « *the national courts also respects the separation of powers, as it avoid putting the executive in diplomatic difficulties and placing legislative powers in a situation where it may have to adapt the law or regulation in question in order to remedy the international responsibility brought about by the court* », (« "It shall contribute ... the Strict Observance and Development of International Law" – The Role of the Court of justice », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., p. 601). Traduction : en pratiquant l'interprétation conforme, « les juridictions nationales respectent la séparation des pouvoirs, car l'interprétation conforme permet d'éviter de placer l'exécutif dans une situation diplomatique difficile, et de contraindre le législateur à amender sa législation de manière à éviter l'engagement de sa responsabilité internationale qui serait autrement provoqué par le comportement de la Cour ».

²¹¹⁴ Gerrit BETLEM et André NOLLKAEMPER, « Giving effect to public international law and european community law before Domestic courts: a comparative analysis of consistent interpretation », préc., p. 577.

²¹¹⁵ Interprétation du Code pénal à la lumière de l'article 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, dépourvu d'effet direct dans l'ordre juridique des Pays-Bas : Hoge Raad, 2 mai 1995, *NJ*, 1995, p. 621.

mixtes²¹¹⁶, elle attache à l'avenir à la primauté du droit conventionnel l'obligation d'interpréter le droit interne à sa lumière.

742. La Cour de justice a donc fondé l'exercice de l'interprétation conforme du droit unionnaire et des États membres aux accords internationaux liant l'Union européenne sur leur primauté. Ce faisant, elle a favorisé l'émergence du caractère obligatoire et de la systématique de l'interprétation conforme, car l'ensemble du droit conventionnel réceptionné dans l'ordre juridique de l'Union, doté ou non de l'effet direct, prime le droit dérivé et le droit des États membres. De son côté, le Conseil d'État s'est pour l'instant refusé à désigner explicitement un fondement juridique de l'interprétation conforme et ne l'exerce que très ponctuellement. Toutefois, lorsqu'il a recours à l'interprétation conforme, le Conseil d'État accorde au droit conventionnel une influence sur l'interprétation retenue du droit interne qui est d'une intensité supérieure à celle que lui attribue la Cour de justice.

§ 2. L'intensité de l'interprétation conforme

743. L'étude de l'intensité de l'interprétation conforme permet de mesurer le degré d'influence du droit conventionnel sur la définition de la substance normative des règles internes. L'influence de la norme internationale sur la norme interprétée varie au gré de l'intensité avec laquelle est exercée l'interprétation conforme. Il s'agit d'un important point de clivage des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État. La reconnaissance du caractère obligatoire de l'interprétation conforme par la juridiction de l'Union a emporté la systématique de son exercice, même dans l'hypothèse où la règle conventionnelle invoquée ne revêt pas d'effet direct. Mais elle minimise en retour l'intensité de l'emprise du droit conventionnel sur la définition de la substance normative du droit de l'Union et des États membres. Les interprétations conciliantes du droit conventionnel, à même d'éviter l'injection de contenu normatif international dans la règle interne, sont privilégiées par les juges de Kirchberg. Au contraire, le Conseil d'État a choisi de ne recourir que ponctuellement à l'interprétation conforme, mais adopte alors des interprétations constructives des règles

²¹¹⁶ Pour une présentation du caractère obligatoire de l'interprétation conforme dans la jurisprudence de la Cour de justice, V. *supra*, ce Paragraphe, B, 2).

internationales, pouvant conduire à une véritable réécriture de la règle interne. La maximisation de son intensité permet alors de dynamiser l'incorporation des prescriptions normatives internationales dans les énoncés de droit interne.

744. La faible intensité et la systémativité de l'interprétation conforme exercée par la Cour de justice (A) la distingue radicalement de l'interprétation conforme pratiqué par le Conseil d'État, marquée de son côté par sa ponctualité et son intensité élevée (B).

A. Une interprétation conforme de faible intensité, mais systématique devant la Cour de justice

745. Denys Simon a relevé que le mécanisme de l'interprétation conforme « *est susceptible de gradation selon les situations juridiques et notamment les normes de référence en cause, c'est-à-dire les rapports internormatifs qui justifient la cohérence herméneutique* »²¹¹⁷. À deux niveaux de cette gradation se situent l'interprétation du droit national conforme au droit unionnaire interne, qui commande une équivalence normative, et l'interprétation du droit de l'Union et des États membres conforme au droit international, qui exige plus simplement, dans la mesure du possible, la non-contrariété entre deux normes relevant de ces deux sources²¹¹⁸.

746. La déférence de la Cour de justice à l'endroit des autorités politiques de l'Union, et singulièrement de son législateur, explique que l'interprétation conforme "externe" reste moins constructive que l'interprétation conforme "interne"²¹¹⁹. La forte intensité du pouvoir harmonisant de l'interprétation conforme "interne" est bien mise en évidence dans l'arrêt *Pfeiffer* : « *le principe d'interprétation conforme requiert [...] que la juridiction de renvoi fasse tout ce qui relève de sa compétence, en prenant en considération l'ensemble des règles*

²¹¹⁷ Denys SIMON, « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 286.

²¹¹⁸ Denys SIMON situe au sommet de ce dégradé l'interprétation du droit dérivé unionnaire conforme au droit primaire qui, dans la mesure où elle vise à « *assurer le respect de la hiérarchie normative au sein d'un seul et même ordre juridique* », doit s'analyser comme « *une relation d'identité à latitude nulle* », (« La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 287).

²¹¹⁹ Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 357.

du droit national, pour garantir la pleine effectivité de la directive »²¹²⁰. Comme l'indique Rostane Medhi, la technique de l'interprétation conforme est alors employée pour « *vider de sa charge conflictuelle un acte enfreignant éventuellement la légalité communautaire* »²¹²¹. Plus modestement, ce n'est que dans la « *mesure du possible* »²¹²² que la Cour de justice doit interpréter le droit interne à la lumière du droit international.

747. Les interprétations conformes internes et externes se différencient par le degré d'intensité avec lequel elles orientent la définition du sens des règles internes, unionaires et nationales²¹²³. La première vise en effet à maximiser l'effet utile de la directive en alignant la substance des règles nationales sur celle des règles unionaires²¹²⁴, tandis que la seconde se limite à anticiper les conflits de normes en garantissant la compatibilité des règles unionaires et nationales avec les accords internationaux en vigueur dans leurs ordres juridiques d'appartenance²¹²⁵. L'interprétation conforme "interne" s'inscrit dans une logique d'uniformisation, dans la mesure où la substance de la règle interne est calquée sur celle de règles unionaires²¹²⁶. Au contraire l'interprétation conforme "externe" s'inscrit dans une logique de compatibilité qui impose au juge de « *faire en sorte que son droit interne n'interdise pas le respect des obligations internationales, ni n'oblige à leur violation* »²¹²⁷.

748. Par ailleurs, la substance distincte des règles unionaire et internationale peut contribuer à l'intensité variable des effets de l'interprétation conforme. Les normes internationales

²¹²⁰ CJCE, 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer e.a. contre Deutsches Rotes Kreuz*, préc., pt. 118.

²¹²¹ Rostane MEDHI, « Primauté du droit communautaire », *Jscf. Europe Traité*, fasc. 196, § 100.

²¹²² CJUE, 21 juin 2012, *Titus Alexander Jochen Donner*, C-5/11, pt. 23 ; CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, préc., pt. 75.

²¹²³ Gerrit BETLEM et André NOLLKAEMPER, « Giving effect to public international law and european community law before Domestic courts: a comparative analysis of consistent interpretation », préc., p. 588 ; André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., pp. 140-141 ; Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., pp. 60 et 120. Ces auteurs estiment par ailleurs qu'en dépit de leur différence de degré, les interprétations conformes interne et externe se réunissent par leur communauté de nature. Ce constat apparaît moins convaincant. Leur finalité respective – la promotion de l'effet utile du droit unionaire et la prévention des conflits de normes – les différencient en effet ontologiquement. L'une est un outil de dynamisation de l'effectivité du droit de l'Union européenne, l'autre est un instrument de garantie de l'intégrité de la primauté des normes internationales.

²¹²⁴ Denys SIMON observe qu'en vertu du principe de coopération loyale, les juridictions nationales « *sont donc tenues d'interpréter le droit interne de manière à assurer l'effet utile de la norme communautaire* », (*Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 439).

²¹²⁵ Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., 2011, p. 355.

²¹²⁶ On s'inspire ici de l'approche des obligations internationales de comportement relatives à la conformité des règles internes retenue par Hélène RASPAIL. Selon l'auteur, « *l'uniformité législative sur le modèle de ces "lois" serait alors un objectif poursuivi* », (*Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 177).

²¹²⁷ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 236.

employées comme référentiel d'interprétation sont en effet celles qui ne peuvent être appliquées au moyen de l'effet direct ; autrement dit, les normes internationales qui souffrent d'un certain degré d'indétermination²¹²⁸. Leur influence sur la définition de la substance la règle interne reste pour cette raison limitée. Les directives unionnaires peuvent quant à elles être invoquées par le justiciable pour obtenir une interprétation conforme, alors même qu'elles sont d'effet direct, lorsque la configuration horizontale du litige leur interdit de produire tout effet de substitution²¹²⁹. Dans cette hypothèse, une norme unionnaire concise peut étroitement encadrer l'interprétation d'une règle nationale. En conséquence, alors que l'influence des règles internationales reste souvent cantonnée à l'insertion de standards minimum internationaux dans la norme nationale²¹³⁰, la norme unionnaire est susceptible de redéfinir en profondeur son contenu²¹³¹.

749. La singularité de l'interprétation conforme exercée par la Cour de justice procède en définitive de sa systématisme. Dans d'autres ordres juridiques, comme le système constitutionnel américain, l'interprétation conforme peut ne pas être appliquée lorsqu'elle est susceptible d'entrer en conflit avec les interprétations du droit national retenues par les agences gouvernementales. Il s'agit de la doctrine *Chevron*²¹³². Dans ces conditions, le droit conventionnel est appréhendé comme un outil d'interprétation contextuelle des règles de droit interne, susceptible d'être rendu inopérant par sa mise en concurrence avec les autres principes d'interprétation applicables à l'office du juge américain²¹³³.

750. Cette différence de statut de l'interprétation conforme crée une dissymétrie dans les effets produits par les accords OMC dans les ordres juridiques des États-Unis d'Amérique et

²¹²⁸ Cette analyse n'est pas applicable aux règles OMC, dans la mesure où le refus de leur invocabilité procède de leur défaut d'application réciproque, et non de leur défaut d'effet direct, V. Partie 1, Titre 1 Chapitre 2, Section 1.

²¹²⁹ CJCE, Gde chbre, 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer e.a. contre Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut*, préc., pt. 118 ; CJCE, Gde chbre, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. contre Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, préc., pt. 124.

²¹³⁰ V. André NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, op. cit., pp. 139-140.

²¹³¹ Pour une célèbre illustration d'une interprétation particulièrement constructive du droit national à la lumière d'une directive inconditionnelle, dans l'hypothèse d'un litige interindividuel : V. CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, *Rec.* p. I-4135. En l'absence d'effet direct horizontal, l'influence prégnante de la directive inconditionnelle sur l'interprétation du droit national est analysée par Denys SIMON comme « un remède palliatif en l'absence de possibilité d'invoquer le droit de l'Union aux fins de faire écarter la règle nationale contraire », (« La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 296).

²¹³² Cour suprême des États-Unis, 25 juin 1984, *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, préc.

²¹³³ Jan-Peter HIX, « Indirect effect of international agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », préc., p. 70.

de l'Union européenne. Accordant une importance sans cesse croissante à la doctrine *Chevron*, les juridictions américaines sont en effet de plus en plus réticentes à interpréter les normes nationales à la lumière des règles OMC²¹³⁴. Au contraire, la Cour de justice de l'Union européenne interprète avec constance les normes unionnaires et des États membres à la lumière de ces règles²¹³⁵. Elle a notamment offert un effet singulièrement contraignant à l'accord ADPIC dans certaines affaires²¹³⁶, fournissant par exemple à des juridictions nationales des instructions sur le comportement à adopter dans certaines procédures *ex parte* initiées dans le domaine du droit des marques²¹³⁷. On peut alors déplorer un défaut de réciprocité d'interprétation conforme. La juridiction de l'Union privilégie ainsi le développement du droit international, objectif de l'Union européenne constitutionnalisé dans l'article 3, paragraphe 5 du TUE, en ne s'appuyant pas sur l'argument de réciprocité pour retirer l'effet indirect jusqu'alors accordé aux règles OMC.

751. L'interprétation conforme est pratiquée différemment par le Conseil d'État français. Il l'exerce plus ponctuellement, mais avec une intensité se rapprochant parfois de l'interprétation *contra legem*.

²¹³⁴ Marco BRONCKERS observe ainsi que les arrêts récemment rendus par les juridictions américaines « *appear increasingly unwilling to use WTO law as a guidance for the interpretation of domestic law* », (« From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », préc., p. 888) ; V. également, Arwel DAVIES, « Connecting or compartmentalizing the WTO and the United States Legal Systems? The Role of the *Charming Betsy* Canon », *JIEL*, 2007, pp. 117-151.

²¹³⁵ V. par exemple : CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, préc., pt. 44.

²¹³⁶ CJCE, 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad vof et autres contre Robert Groeneveld*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 16 novembre 2004, *Anheuser-Busch Inc. contre Narodni podnik Bdujovicky Budvar*, préc.

²¹³⁷ Pieter Jan KUIJPER observe que la technique de l'interprétation conforme est parfois employée concernant les règles OMC « *in a rather stringent manner. In a number of TRIPs cases for instance, it directed strict instructions to national judges on how to behave themselves in ex parte procedures related to breaches of trademarks* », (« "It shall contribute ... the Strict Observance and Development of International Law" – The Role of the Court of justice », in Bot (Y.), Levits (E.), Rosas (A.), *The Court of Justice and the construction of Europe. La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., p. 603). Traduction : l'interprétation conforme aux règles OMC est parfois pratiquée « de façon particulièrement rigoureuse. Dans de nombreuses affaires portant sur l'accord ADPIC par exemple, la Cour a délivré des instructions particulièrement strictes aux juges nationaux sur la manière de se comporter dans les procédures *ex parte* initiées pour violation de marques déposées ».

B. Une interprétation conforme de haute intensité, mais ponctuel devant le Conseil d'État français

752. Dans la jurisprudence du Conseil d'État, on ne saurait contester le « [c]aractère très constructif de certaines interprétations conformes »²¹³⁸ constaté par Marie Gautier et Fabrice Melleray. La solution retenue par la haute juridiction administrative dans l'arrêt *Bitouzet*²¹³⁹ – conduisant à une véritable réécriture du code de l'urbanisme afin d'y intégrer les exigences procédant de l'article 1, du 1^{er} protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme – a en effet été remarquablement audacieuse. Le Conseil d'État a interprété l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme²¹⁴⁰ à la lumière de l'article 1, du 1^{er} protocole de la CEDH. Et pour se conformer aux exigences de ce protocole, la plus haute juridiction administrative a ajouté une exception au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme. Il fut donc précisé que l'article L. 160-5 « ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude prétende à une indemnisation dans le cas exceptionnel où [...] ce propriétaire supporte une charge spéciale ou exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »²¹⁴¹. Cette lecture du code de l'urbanisme était pour le moins directive et allait au-delà de ce que l'on peut attendre d'une interprétation conforme. Denys de Béchillon a ainsi noté que le Conseil d'État « construit, par lui-même, les conditions d'une compatibilité de la loi et du traité là où elle était incertaine. En ajoutant à l'édifice préexistant une aile bâtie de fond en comble à l'aide de matériaux directement transposés du vocabulaire et des catégories de pensée de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État a bel et bien fait naître les conditions d'une harmonie qui n'aurait pas existé sans lui »²¹⁴².

753. Dans l'affaire *Conseil national des barreaux*²¹⁴³, le Conseil d'État a également retenu une interprétation singulièrement constructive de la directive relative à la prévention du

²¹³⁸ Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « Application de la norme internationale », préc., pt. 58 ; V. également, David BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence Nicolò ? », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 876-889 (883-884).

²¹³⁹ CE, sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, préc.

²¹⁴⁰ Article codifié par le décret 73/1022 du 11 août 1973, *JORF*, 13 novembre 1973. Depuis modifié par la loi n°2000/1208 du 13 décembre 2000, article 202, *JORF* 14 décembre 2000.

²¹⁴¹ *Ibid.*

²¹⁴² Denys DE BECHILLON, « Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme », préc., p. 844.

²¹⁴³ CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux - Conseil des barreaux européens*, préc.

blanchiment de capitaux²¹⁴⁴ et de la loi relative au statut de certaines professions judiciaires ou juridiques assurant sa transposition dans l'ordre juridique français²¹⁴⁵. Suivant les conclusions du Commissaire du gouvernement Guyomar²¹⁴⁶, les juges du Palais Royal ont estimé que ces deux normes, interprétées à la lumière de l'article 6 CEDH, entendaient exclure des informations relatives à des activités de blanchiment d'argent que les avocat sont tenus de communiquer aux autorités compétentes, celles d'entre elles qui ont été reçues dans le cadre d'une procédure judiciaire. C'est dans le silence de la loi, couplé à la volonté présumée du législateur de se conformer à ses obligations conventionnelles que fut décelée la limitation *ratione materiae* de l'obligation d'information aux activités de conseil juridique non judiciaires.

754. Mais le volontarisme de ces solutions ne doit pas tromper. Le bénéfice de cette approche de la doctrine de l'interprétation conforme apparaît, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'État, limité au droit de l'Union européenne, à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, mais aussi, de manière plus indirecte, aux règles conventionnelles ayant été incorporées dans le droit dérivé de l'Union. La norme conventionnelle n'est alors pas formellement le référentiel d'interprétation, mais son équivalence normative avec le droit dérivé unionaire permet une interprétation du droit national conforme à ses prescriptions. Dans l'arrêt *Commune de Breil-sur-Roya*, le droit national a ainsi été interprété à la lumière des obligations matérielles de la Convention de Berne, telles qu'incorporées par la directive "habitats" dans l'ordre juridique de l'Union²¹⁴⁷. L'interprétation conforme pratiquée par le Conseil d'État revêt donc une intensité singulièrement élevée, mais se trouve en revanche cantonnée à un champ d'application matériel des plus restreints. Elle souffre en cela de son manque de systématicité.

755. Appliquée avec constance par la Cour de justice, la doctrine de l'interprétation conforme permet de prévenir la naissance de conflits entre obligations internationales et droit interne dans l'ordre juridique de l'Union. Le Conseil d'État est plus réticent à donner effet à

²¹⁴⁴ Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux, *JO L 344*, 28 décembre 2001, pp. 76-82.

²¹⁴⁵ Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques, *JORF* 12 février 2004.

²¹⁴⁶ Mattias GUYOMAR, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats », *R.F.D.A.*, 2008, pp. 575-602.

²¹⁴⁷ CE, 6/4 SSR, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, préc.

cette forme d'invocabilité, semblant soustraire les normes conventionnelles sans effet direct à son champ d'application. La très haute juridiction administrative privilégie la voie de la répression de l'acte inConventionnel, par l'élaboration d'une jurisprudence favorable à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'État pour violation du droit conventionnel. La sanction pécuniaire de l'action normative illicite des institutions de l'Union est plus difficile à obtenir devant la Cour de justice. Il s'agit maintenant de détailler les conditions de la répression des actes inConventionnels commis par les autorités publiques françaises et de l'Union, devant les juridictions de Paris et de Luxembourg.

Section 2 : La répression de l'inConventionnalité par l'invocabilité de réparation

756. La violation d'une norme internationale fait naître dans l'ordre international un droit à réparation dans le chef des personnes privées ou publiques qui subissent de son fait un préjudice. Depuis l'arrêt *Usine de Chorzow*, il est en effet admis que « toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer. [...] La réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même »²¹⁴⁸. Dans les ordres internes, les conditions d'engagement de la responsabilité pour méconnaissance de leurs obligations d'origine internationale se distinguent du droit de la responsabilité internationale et relèvent du choix des États²¹⁴⁹. La liberté des juridictions internes est regrettée par une doctrine qui considère que la fidélité du droit des États à leurs obligations primaires de droit international suppose que leurs juridictions donnent effet aux règles secondaires internationales²¹⁵⁰. De ce point de vue, une

²¹⁴⁸ CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (jugement au fond)*, préc., p. 29.

²¹⁴⁹ On relève, à titre d'exception, l'affaire dite *des décharges de chlorure*. La Cour du district de Rotterdam a enjoint à cette occasion aux Mines domaniales de Potasse d'Alsace de verser des indemnités aux riverains du Rhin habitant aux Pays-Bas, afin de réparer le préjudice qui leur avait été causé par les pollutions générées par les rejets de chlorures dans ledit fleuve. L'engagement de la responsabilité des Mines alsaciennes fut directement fondé sur le principe général du droit international, énoncé lors de l'affaire de *l'Usine de Chorzow* (CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (jugement au fond)*, préc.), selon lequel toute violation d'une obligation internationale emporte l'obligation de réparer : Cour du district de Rotterdam, 28 janvier 1979, *Handelskwekerij contre Mines domaniales de potasse d'Alsace*, *NYIL*, 1980, pp. 313-320.

²¹⁵⁰ André NOLLAEMPER considère ainsi que « *Primary and secondary rules of international law form an interdependent and interconnected whole. Secondary rules determine the existence, interpretation, and termination of primary rules as well as the consequences of their breach. Domestic courts should seek to respect as far as possible the interdependent nature of primary and secondary rules of international law and apply*

application du droit de la responsabilité internationale par les juridictions internes serait nécessaire au respect des obligations internationales qui pèsent sur les États et les organisations internationales. De fait, le choix des États concernant les règles de responsabilité pour violation des engagements internationaux crée des inégalités entre les personnes privées relevant d'ordres juridiques distincts : « *aux unes, la "nationalisation" apportera un surcroît de protection, tandis qu'elle réduira à néant le droit à réparation des autres* »²¹⁵¹.

757. Les conditions d'invocabilité des règles conventionnelles influent sur l'effectivité du droit à réparation détenu par les justiciables. Evelyne Lagrange désigne le péril porté par la soumission du droit à réparation à l'effet direct de la règle conventionnelle : « *dans ce schéma, l'absence de mesures nationales d'exécution d'une norme non-self-executing [...] n'est pas susceptible de mettre effectivement en jeu la responsabilité de l'État. Devant ses propres juridictions, la chose est impossible. Dans l'ordre international, à l'initiative d'un autre État, elle est improbable. Là encore, licence est donnée à l'État d'ignorer ses obligations internationales avec un risque infime de s'en voir demander compte* »²¹⁵². Lier le droit à réparation à l'effet direct s'oppose conséquemment au « *principe du droit international* »²¹⁵³ voulant que de toute violation d'un traité naît une obligation secondaire de réparation. Le droit international postule en effet l'indifférence du droit à réparation à l'effet direct de la norme conventionnelle contrariée²¹⁵⁴. C'est précisément cette indifférence qui doit permettre aux individus d'obtenir la sanction de la violation de normes internationales

primary rules against the backdrop of the normative framework in which they are embedded and from which they derive their existence and meaning », (« Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », préc., p. 764. V. également, du même auteur, « The power of secondary rules of International Law to connect the international and national legal orders », préc., pp. 22-26). Traduction : « Les règles primaires et secondaires de droit international forment un ensemble interdépendant et interconnecté. Les règles secondaires déterminent les conditions d'existence, d'interprétation et d'abrogation des règles primaires ainsi que les conséquences attachées à leur violation. Les juridictions nationales devraient s'efforcer de respecter autant que possible la nature interdépendante des règles primaires et secondaires de droit international, et appliquer les règles primaires en gardant à l'esprit le système normatif auquel ces règles sont intégrées et dont elles tirent leur existence et leur signification ».

²¹⁵¹ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 551.

²¹⁵² *Ibid.*, préc., p. 518.

²¹⁵³ CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (jugement au fond)*, préc., p. 29.

²¹⁵⁴ Evelyne LAGRANGE soutient en ce sens que l'« *applicabilité ou l'inapplicabilité directes de la norme internationale sont indifférentes. Il serait pour le moins curieux de conditionner la pleine exécution par l'État d'une obligation internationale, supposée être l'objectif des auteurs de la norme, à une condition d'application aussi peu déterminée par le droit international. Et plus curieux encore, si la norme n'est pas d'applicabilité directe, de voir la personne privée titulaire d'un droit subjectif international reléguée au rang de sujet passif dans le système interne lui-même* », (« L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 526).

dépourvues d'effet direct, dans les hypothèses, majoritaires, où celle-ci ne peut être obtenue dans l'ordre juridique international.

758. La mise en perspective des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État offre deux illustrations des vices et des vertus de la nationalisation du contentieux de la responsabilité du fait de l'action normative inconventionnelle. La position du Conseil d'État, favorable à l'indemnisation des préjudices causés aux victimes d'illicéités internationales depuis son arrêt *Gardedieu*²¹⁵⁵, contraste avec les réticences de la juridiction de l'Union à ouvrir un tel droit à réparation. Dans ces procédures, les divergences entre les juridictions de Paris et de Luxembourg se matérialisent dans l'étendue variable de l'éventail des normes internationales susceptibles d'être invoquées par les personnes lésées (§ 1), afin d'établir l'illégalité fautive nécessaire à l'engagement de la responsabilité des autorités normatives (§ 2).

§ 1. La distinction des normes susceptibles de bénéficier de l'invocabilité de réparation

759. Les conditions d'invocabilité de la norme conventionnelle diffèrent selon qu'est contestée la conventionnalité de l'action normative de la France, ou celle de l'Union européenne. Devant le Conseil d'État, un requérant peut alléguer la méconnaissance de toute stipulation conventionnelle afin d'engager la responsabilité extracontractuelle de la France. C'est en effet la violation d'une composante du bloc de conventionnalité qui est susceptible d'engager sa responsabilité (A). Devant la Cour de justice, un requérant ne peut en revanche se prévaloir que d'une règle lui conférant un droit subjectif. Il s'agit finalement moins de condamner l'illicéité du comportement normatif de l'État que le préjudice causé à la situation juridique de sa victime. Pour cette raison, l'invocabilité du droit conventionnel est subordonnée à son effet direct dans le contentieux unionaire de la responsabilité extracontractuelle (B).

²¹⁵⁵ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc.

A. Le Conseil d'État et la violation du droit objectif conventionnel

760. Dans l'arrêt *Gardedieu*, le Conseil d'État a engagé la responsabilité extracontractuelle de l'État français en raison de l'inconventionnalité de son action normative²¹⁵⁶. Cette décision s'inscrit dans un contentieux né la modification par décret²¹⁵⁷ des régimes de cotisation pour les caisses de retraite des chirurgiens dentistes. Par un arrêt du 18 février 1994²¹⁵⁸, le Conseil d'État avait jugé que ce décret était irrégulier, dans la mesure où le gouvernement n'avait pas obtenu, préalablement à son édicton, l'assentiment de la majorité des assujettis à ce régime. Mais, par une loi du 27 juillet 1994²¹⁵⁹, le Parlement a rétroactivement validé les appels à cotisation effectués en application du décret de 1985. M. Gardedieu a alors saisi le Conseil d'État, pour engager la responsabilité extracontractuelle de l'État français en raison de la violation, par cette loi de validation, de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH). La plus haute juridiction administrative lui a donné satisfaction en jugeant que l'intérêt financier justifiant cette violation ne constituait pas un motif impérieux d'intérêt général. Il a ensuite consacré le principe, depuis confirmé à la faveur de l'arrêt *Société d'éditions et de protection route*, selon lequel « la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée [...] en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France »²¹⁶⁰. Constatant la violation des exigences de l'article 6, paragraphe 1 de la CEDH, le Conseil d'État a donc estimé que M. Gardedieu pouvait valablement prétendre à une réparation du préjudice causé par l'inconventionnalité de ladite loi de validation, dont le montant tiendrait compte des taxes indûment perçues par sa Caisse de retraite.

761. Bien que la responsabilité de l'État soit engagée en raison de la violation de la CEDH, dont l'effet direct n'est plus à démontrer dans l'ordre juridique français, une lecture attentive de l'arrêt *Gardedieu* laisse supposer que le Conseil d'État n'a pas entendu limiter

²¹⁵⁶ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc.

²¹⁵⁷ Décret n°85-283 du 27 février 1985 relatif au régime d'assurance vieillesse complémentaire des chirurgiens dentistes, *JORF*, 1^{er} mars 1985, p. 2600.

²¹⁵⁸ CE, ¼ SSR, 18 février 1994, *Gardedieu*, n°112587, *Leb.* p. 746.

²¹⁵⁹ Loi relative à la sécurité sociale, 25 juillet 1994, *JORF*, 27 juillet 1994, p. 10815.

²¹⁶⁰ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc ; CE, 23 juillet 2014, *Société d'éditions et de protection route*, n°354365, *nep*, cons. 7.

l'invocabilité de réparation à celles des règles conventionnelles qui sont dotées de l'effet direct²¹⁶¹. Les conclusions du Commissaire du gouvernement Luc Derepas²¹⁶², et leur influence sur la solution retenue par le Conseil d'État, plaident en faveur de cette analyse²¹⁶³. Il proposait d'instaurer, au profit du droit international général, un régime de responsabilité plus protecteur que celui créé par la Cour de justice de l'Union européenne. Or, il est établi depuis l'arrêt *Francovich*²¹⁶⁴ que l'invocabilité de réparation est indifférente à l'effet direct dans la jurisprudence de Luxembourg²¹⁶⁵. Le dépassement du standard de protection *Francovich*, permis par la jurisprudence *Gardedieu*, impliquait donc en premier lieu de dissoudre du lien unissant l'invocabilité à l'effet direct dans le contentieux de la responsabilité²¹⁶⁶. Luc Derepas proposait ainsi que puisse constituer un préjudice la violation par un acte étatique d'une norme extranationale « *alors même que cette norme ne crée pas de droits dans le chef des particuliers* »²¹⁶⁷. Le droit à obtenir réparation de la violation d'une norme conventionnelle serait alors indifférent à son effet direct et à son aptitude à produire un droit susceptible d'être lésé par un acte interne. La logique de cette proposition était inattaquable si l'on appréhendait cette forme de responsabilité extracontractuelle de l'État comme la conséquence de la violation des obligations internationales s'imposant à ses

²¹⁶¹ Marie GAUTIER observe que « *l'abandon de la confusion invocabilité/ effet direct était tout à fait possible. [...] C'est ainsi que l'on chercherait en vain dans l'arrêt Gardedieu un renvoi à la notion et aux critères de l'effet direct* », (« L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 564).

²¹⁶² Luc DEREPA, conclusions sur CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, R.F.D.A., 2007, pp. 361-371.

²¹⁶³ Il convient tout de même de garder à l'esprit l'avertissement de Ronny ABRAHAM qui remarquait que, s'agissant de l'identification des « *soubassements théoriques et doctrinaux* » des arrêts de la très haute juridiction administrative, « *il est possible de se référer aux conclusions du commissaire du gouvernement, mais il faut le faire avec prudence. L'analyse de ce dernier n'est pas nécessairement celle qui est adoptée par le Conseil d'État dans son ensemble. Par conséquent, on ne doit pas considérer que la Haute juridiction ait voulu faire sienne la théorie développée par son commissaire du gouvernement, même s'il est parvenu à une solution identique* », (« Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, op. cit., p. 284).

²¹⁶⁴ CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Daniela Bonifaci et autres contre République italienne*, C-6/90 et 9/90, Rec. p. 5357.

²¹⁶⁵ Paul CRAIG remarquait, à propos de cette novation de la jurisprudence *Francovich*, que : « *the primary significance of the judgment lies in the fact that it requires the provision by national courts of a damages remedy for breach of Community measures which lack direct effect, thus enhancing the effectiveness of such laws without they first having to satisfy the criteria (precision, etc.) for direct effect* », (« *Francovich*, Remedies and scope of damages liability », *LQ Rev.*, 1993, pp. 595-621 (600)). Traduction : « l'apport fondamental de l'arrêt réside dans le fait qu'il exige que les juridictions nationales créent un voie de recours permettant de réclamer des indemnités en raison de la violation de règles communautaires dépourvues d'effet direct, améliorant ainsi l'efficacité de ces règles sans qu'elles n'aient préalablement à satisfaire les critères (précision, etc.) de l'effet direct ».

²¹⁶⁶ Marguerite CANEDO-PARIS soutient ainsi, à propos de la jurisprudence *Gardedieu*, qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, « *[c]e qui vaut pour le droit communautaire doit valoir aussi pour le droit de la Convention EDH et pour le droit international en général* », (« Le juge administratif, le droit international et la responsabilité : un trio infernal ? », R.F.D.A., 2007, pp. 789-802 (796) ; « La responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles », L.P.A., 2007, pp. 11-23 (15)).

²¹⁶⁷ Luc DEREPA, conclusions sur CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc., p. 368.

autorités normatives. Cette lecture de la jurisprudence administrative a été adoptée par le Rapporteur public Gaëlle Dumortier qui rappelait aux juges du Palais Royal, à l'occasion de l'affaire *GISTI et FAPIL*, que « [v]otre décision d'Assemblée du 8 février 2007 *Gardedieu* [...] admet que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, sans [...] restreindre son raisonnement à celles qui sont d'effet direct comme c'était en l'occurrence le cas pour la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²¹⁶⁸. Les fondements de l'invocabilité *Gardedieu* auraient perdu en clarté s'ils avaient été basés, comme le proposait curieusement Luc Derepas, sur l'émergence du « "Traité-loi", forme apparue et développée au XX^{ème} siècle dans laquelle l'acte international se traduit par la création en droit interne de normes d'effet direct qui créent des droits dans le chef des particuliers »²¹⁶⁹. Cette mise en exergue des nouvelles propriétés du droit conventionnel international – qui tiennent principalement à son aptitude à produire des droits subjectifs internationaux – apparaissait en effet dispensable dans la mesure où le régime de responsabilité objective proposé par la suite s'avérait pleinement indifférent à celles-ci.

762. Le Conseil d'État a décidé d'engager la responsabilité de l'État pour l'ensemble des préjudices résultant de la méconnaissance des engagements internationaux liant la France par ses autorités normatives, y compris législative. Dans cette perspective, il apparaît que celui-ci se positionne en gardien de la légalité internationale de l'action étatique et ne prête conséquemment pas d'importance à l'aptitude de la norme invoquée à produire un effet direct. Jean-Marc Sauvé souligne ainsi les mérites d'un régime de responsabilité à raison de la violation du droit international, qui n'est pas subordonné « à ce que la norme méconnue ait pour objet de créer des droits aux particuliers »²¹⁷⁰. La violation de l'ensemble des composantes du bloc de conventionnalité, porteuses ou non de droits subjectifs d'origine internationale, est donc susceptible d'engager la responsabilité de l'État français²¹⁷¹. Une telle solution est bienvenue dans la mesure où elle permet d'aller, non pas au-delà, mais « au

²¹⁶⁸ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc., p. 554.

²¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 362.

²¹⁷⁰ Jean-Marc SAUVÉ, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolò », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, pp. 5-10 (6).

²¹⁷¹ Bruno GENEVOIS indique ainsi que la jurisprudence *Gardedieu* marque « la reconnaissance de la responsabilité de l'État pour réparer les préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France, et notamment de la Convention européenne des droits de l'homme », (« Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », préc., p. 15).

devant des exigences du droit international contemporain »²¹⁷². Il est vrai que, par principe, seul le titulaire d'un droit lésé dispose d'un intérêt à agir lui conférant qualité pour agir devant une juridiction internationale²¹⁷³. Mais, confirmant la pérennité de la jurisprudence de l'*Usine de Chorzow*²¹⁷⁴, la Cour permanente de justice internationale a récemment confirmé, dans son avis relatif à l'édification d'un Mur en territoire palestinien, « [l]e principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »²¹⁷⁵. Et le principe de *restitutio in integrum* pourrait à l'avenir devenir la conséquence de tout acte internationalement illicite, qu'il génère ou non la lésion de droits subjectifs internationaux. L'évolution du droit de la responsabilité internationale tendrait ainsi à son objectivisation par le délaissement de l'exigence de la lésion du droit subjectif international²¹⁷⁶. Pour l'instant, il est déjà certain que l'aptitude de la norme dont il est allégué la violation à produire un droit subjectif international n'est pas une condition *sine que non* du constat de l'illicéité.

763. Ce pas franchi par le Conseil d'État en direction de l'appropriation au sein de sa jurisprudence de ce principe régissant le droit de la responsabilité internationale est à saluer, dès lors que ces règles ne s'imposent formellement à l'État français que dans l'ordre juridique international²¹⁷⁷. Certaines juridictions internes, comme la Cour suprême du Canada, vont

²¹⁷² Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 525.

²¹⁷³ La Cour internationale de Justice indique ainsi, dans l'arrêt du *Sud-Ouest Africain* que « si on l'envisage sous un autre angle, cet argument revient à dire que la Cour devrait admettre une sorte d'*actio popularis*, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public. Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des "principes généraux de droit" mentionnés à l'article 38, paragraphe 1 c), de son Statut » : CIJ, 18 juillet 1966, *Affaires du Sud-Ouest africain (2^{ème} phase), Ethiopie contre Afrique du Sud et Liberia contre Afrique du Sud*, Rec. CIJ, p. 6, § 88.

²¹⁷⁴ CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (jugement au fond)*, préc., p. 33.

²¹⁷⁵ CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. CIJ, p. 136, pt. 152.

²¹⁷⁶ Alain PELLET notait ainsi, à propos du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États de 1996, que « la responsabilité est engagée indépendamment de ses conséquences éventuelles et c'est cela la véritable "révolution", la vraie rupture avec la conception dominante antérieure : la responsabilité est définie par un fait "objectif" ; elle résulte du manquement, quelles qu'en puissent être les conséquences », (« Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États », *A.F.D.I.*, 1996, pp. 7-32 (12) ; V. également, Brigitte STERN, « A Plea for 'Reconstruction' of International Responsibility Based on the Notion of Legal Injury », in Maurizio RAGAZZI (dir.), *International Responsibility Today*, La Haye, Brill, 2005, pp. 93-106).

²¹⁷⁷ André NOLLKAEMPER observe en ce sens que « [w]hen domestic courts find that a state has acted contrary to a primary rule of international law, they tend to apply domestic rules of attribution, defences and reparation,

d'ailleurs à l'inverse jusqu'à déclinier leur compétence pour statuer sur les requêtes de personnes privées s'estimant victimes d'une violation étatique du droit conventionnel, au prétexte que ce type d'action ne peut être valablement formé que dans l'ordre juridique international²¹⁷⁸. Toutes les illicéités internationales dérivant de la violation d'une norme conventionnelle, créatrice ou non de droit subjectif, sont donc susceptibles d'engager la responsabilité de l'État français depuis la jurisprudence *Gardedieu*. De sorte que le Conseil d'État a créé, en matière d'invocabilité, des conditions favorables à la satisfaction par l'État français de ses obligations internationales secondaires (le droit à réparation), lorsqu'il méconnaît ses obligations primaires (le droit substantiel)²¹⁷⁹.

764. La Cour de justice n'est au contraire pas disposée à accorder aux justiciables le droit de se prévaloir de l'ensemble des composantes du bloc de conventionnalité aux fins d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne.

B. La Cour de justice et la violation des droits subjectifs internationaux

765. La Cour de justice subordonne l'invocabilité de réparation du droit conventionnel à son effet direct²¹⁸⁰. En ce qui concerne les règles OMC, elle l'écarte sur le terrain du principe de réciprocité sur lequel elles reposent. C'est à la faveur de l'affaire *FIAMM*²¹⁸¹ que la juridiction de l'Union a érigé ces propriétés de la norme internationale en filtres de l'invocabilité dans le cadre du contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'Union

without considering what international law might have had to say on the question of responsibility », (« Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », préc., p. 761).

²¹⁷⁸ Cour supérieure de justice de l'Ontario, 8 juillet 2005, *Council of Canadians contre Canada (Attorney General)*, Case 01-CV-208141, Carswell Ontario Cases 2005, p. 2973, pts. 41 et 43.

²¹⁷⁹ Ce choix en faveur des obligations secondaires a également été opéré en droit norvégien. Alors que la Norvège a adopté la doctrine de la transformation pour régir les relations de son ordre juridique avec le droit international, la Cour suprême a admis que la violation d'une stipulation de l'Accord sur l'espace économique européen pouvait utilement être invoquée aux fins d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'autorité publique ayant méconnu ses prescriptions : Cour suprême norvégienne, 28 octobre 2005, *A. contre Royal Norwegian Ministry of Justice*, Case n° HR-2005-01690-P, *Norwegian Supreme Court Gazette*, p. 1365.

²¹⁸⁰ Pierre D'ARGENT relève ainsi que la « *subordination du droit individuel à la réparation au caractère directement applicable de la norme internationale dont la violation cause le dommage est notamment affirmée en droit communautaire* », (« Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », *AFDI*, 2005, pp. 27-55 (44)).

²¹⁸¹ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc.

européenne. Cette affaire s'inscrit dans l'épopée de la banane qui a nourri la jurisprudence de la Cour de justice de grands arrêts depuis le milieu des années 90²¹⁸². Le règlement 404/93 du 13 février 1993, relatif à l'organisation commune des marchés dans le secteur de la banane²¹⁸³, se situe donc à l'origine de ce litige. Le 25 septembre 1997, ledit règlement fut jugé incompatible avec les règles OMC par l'Organe de règlement des différends de Genève saisi par différents États au nombre desquels figuraient les États-Unis²¹⁸⁴. Par la suite, l'Union y apporta des modifications qui ne furent toutefois pas jugées satisfaisantes par les États-Unis, qui adoptèrent en conséquence une série de contre-mesures, parmi lesquelles une surtaxe douanière des accumulateurs et étuis à lunettes produits sur le territoire de l'Union européenne. Les entreprises Fedon et FIAMM – opérateurs économiques dans ces secteurs – ont alors saisi la Cour de justice de l'Union européenne pour demander réparation du préjudice résultant de la majoration des droits à l'importation qu'elles avaient dû subir entre le 19 avril 1999 et le 30 juin 2001, en raison du retard pris par l'Union européenne pour se conformer à la décision de l'Organe de règlement des différends.

766. Dans l'arrêt *Gardedieu*, le Conseil d'État insistait sur la finalité de l'action opérée par le requérant – l'engagement de la responsabilité de l'État français – pour justifier l'instauration d'un régime de l'invocabilité de réparation plus souple que celui réservé à l'invocabilité dans le cadre du contrôle de légalité. À l'inverse, la Cour de justice choisit le chemin de l'assimilation des deux voies de droit, rendant plus périlleuse la singularisation des conditions d'invocabilité du droit conventionnel dans le contentieux de la responsabilité. Elle juge ainsi qu'« *il n'y a [...] pas lieu d'opérer de distinction [...] selon que le contrôle de la légalité de l'action communautaire doit intervenir au titre du contentieux de l'annulation ou aux fins de statuer sur un recours en indemnité* »²¹⁸⁵. Une approche du contentieux de la responsabilité autonome du contrôle de légalité était pourtant envisageable. L'avocat général Alber estimait ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Biret*, que « [l]a reconnaissance d'une applicabilité directe du droit de l'OMC matérialisé par une décision de l'ORD ne fonde aucun droit pour le particulier à ce que les institutions communautaires agissent d'une façon

²¹⁸² CJCE, 5 octobre 1994, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, préc. ; CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, préc. ; TPI, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc.

²¹⁸³ Règlement (CEE) n° 404/93 du Conseil, du 13 février 1993, portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, *JOCE*, L 47, 25 février 1993, pp. 1–11.

²¹⁸⁴ Organe d'Appel de Règlement des différends, 25 septembre 1997, *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, *DSR*, p. 591.

²¹⁸⁵ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 120.

déterminée. *Biret* conserve uniquement la possibilité d'exiger une réparation financière de la Communauté à condition que les autres conditions soient remplies. Selon la jurisprudence, un recours en indemnité tend non à la suppression d'une mesure déterminée, mais à la réparation du préjudice causé par une institution communautaire »²¹⁸⁶. Insistant sur les effets distincts des décisions d'annulation et d'engagement de la responsabilité extracontractuelle, l'avocat général Alber plaidait pour l'assujettissement du droit conventionnel à un régime d'invocabilité adapté à l'objet de la saisine. Dans le même esprit, Laurent Coutron relevait dans ses observations sur l'arrêt *FIAMM* qu'« admettre l'engagement de la responsabilité de la Communauté pour violation de ses engagements internationaux en cas de non-respect d'une décision de l'Organe de règlement des différends constatant l'illégalité d'une réglementation communautaire ne mettait nullement en cause la latitude des institutions politiques de la Communauté. En effet, il était acquis jusqu'à l'arrêt *FIAMM* que le constat incident de l'illégalité d'un acte de droit dérivé opéré à l'occasion d'un recours en indemnité ne produisait d'effet qu'entre les parties au litige »²¹⁸⁷.

767. C'est en définitive « la découverte passablement opportune de l'effet erga omnes de la contestation incidente d'une illégalité »²¹⁸⁸ qui a permis à la Cour de faire converger les régimes régissant l'invocabilité du droit conventionnel dans les contentieux de la légalité et de la responsabilité. La juridiction de l'Union en a déduit fort logiquement l'applicabilité aux faits d'espèce de la jurisprudence *International Fruit*²¹⁸⁹, qui s'est développée et a prospéré dans le contentieux de la légalité. Elle a par conséquent jugé que les dispositions de la décision de l'Organe de règlement des différends, préalablement assimilées aux règles primaires de l'OMC²¹⁹⁰, « ne sont notamment pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement en justice en vertu du droit

²¹⁸⁶ Samuel ALBER, 15 mai 2003, conclusions sur CJCE, *Biret international SA & Establishment Biret SA contre Conseil*, préc., pts. 93-94.

²¹⁸⁷ Laurent COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt *FIAMM* », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 329-342 (332).

²¹⁸⁸ Laurent COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt *FIAMM* », préc., p. 332.

²¹⁸⁹ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc.

²¹⁹⁰ La Cour avance ainsi qu'« [u]ne décision de l'ORD, qui n'a d'autre objet que de se prononcer sur la conformité du comportement d'un membre de l'OMC avec les obligations contractées dans ce cadre par ce membre, ne saurait en principe être fondamentalement distinguée des règles matérielles traduisant de telles obligations et au regard desquelles opère un tel contrôle, à tout le moins lorsqu'il s'agit de déterminer si une méconnaissance desdites règles ou décisions peut ou non être invoquée devant le juge communautaire aux fins de contrôler la légalité du comportement des institutions communautaires » : CJCE, 8 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 128.

communautaire »²¹⁹¹. Ce faisant, la Cour de justice a confirmé la solution adoptée par le Tribunal dans l'arrêt *Chiquita Brands*, aux termes de laquelle « l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté [...] est subordonné à la réunion d'un ensemble de conditions, à savoir l'illégalité du comportement reproché aux institutions, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué. Or, compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords de l'OMC et ses annexes ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour et le Tribunal contrôlent la légalité des actes des institutions communautaires »²¹⁹².

768. L'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne est donc subordonné à l'existence d'un droit subjectif international. Ce refus de consacrer le droit à réparation des préjudices résultant de la violation d'une norme conventionnelle dépourvue d'effet direct, couplé à l'impossibilité d'annuler les actes internes à l'origine de ce préjudice, empêche l'Union de satisfaire ses obligations internationales. L'Union européenne ne peut ainsi pas éviter l'engagement de sa responsabilité internationale du fait de l'édiction d'un acte juridique communautaire contraire à l'une de ses obligations conventionnelles non dotées d'effet direct²¹⁹³.

769. Mais, au-delà de la question de l'invocabilité, la prédisposition de l'Union européenne et de la France à réprimer les autorités publiques coupables d'avoir violé leurs obligations internationales est également déterminée par le régime d'engagement de la responsabilité extracontractuelle pour violation du droit conventionnel retenu par leurs juridictions.

²¹⁹¹ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 132.

²¹⁹² TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands international Inc, Chiquita Banana Co BV et Chiquita Italia SpA contre Commission*, préc., pt. 76 ; V. Claudie WEISSE-MARCHAL, « Responsabilité extracontractuelle de la Communauté du fait de son activité normative », *D.*, 2008, pp. 3129-3132 (3130).

²¹⁹³ Pour une présentation des exceptions à cette impossibilité de principe, V. *supra*, ce Titre, Chapitre 1.

§ 2. Les conditions d'engagement de la responsabilité pour violation des normes conventionnelles

770. Le droit international n'impose pas aux États de conférer aux personnes privées le droit d'obtenir devant leurs organes juridictionnels la réparation des préjudices causés par la violation de leurs obligations conventionnelles²¹⁹⁴. Si bien que la France et l'Union européenne étaient libres d'instaurer un régime de responsabilité extracontractuelle qui favoriserait ou, au contraire, ferait obstacle à l'obtention d'indemnisations en mesure de réparer les préjudices causés par un acte juridique inconventionnel. Les juridictions de Paris et de Luxembourg ont toutes deux instauré un régime de responsabilité fondé sur l'illégalité fautive. Devant le Conseil d'État, le contrôle de la conventionnalité, nécessaire au constat de l'illégalité susceptible d'engager la responsabilité de l'État français, peut aisément être effectué depuis que la très haute juridiction administrative a autonomisé son invocabilité de réparation de l'effet direct (A). Dans l'hypothèse où une illicéité procède de la violation par l'Union européenne d'une prescription internationale dépourvue d'effet direct, l'indemnisation du dommage s'avère en revanche impossible à obtenir devant la Cour de justice. L'engagement de la responsabilité de l'Union européenne est en effet également assujéti au constat de l'inconventionnalité des actes juridiques édictés par ses institutions. Dès lors, seul un régime de responsabilité sans faute permettrait aux personnes privées de prétendre à une réparation du préjudice subi en raison de la violation des stipulations conventionnelles sans effet direct, qui ne sont pas susceptibles de fonder l'illégalité des actes de l'Union européenne. En refusant de consacrer le principe de responsabilité sans faute, la Cour de justice expose par conséquent les sujets de droit de l'Union à souffrir de n'obtenir aucun redressement des dommages procédant de ces illicéités (B).

²¹⁹⁴ Concernant l'ouverture d'un droit d'obtenir, devant les juridictions internes, réparation des préjudices causés par les violations du droit conventionnel, Ricardo PISILLO MAZZESCHI explique ainsi que « *the differences between the various conventional rules does not permit the identification of that uniform practice which is, after all, the basis of international customary law* », (« International obligations to provide for reparation claims? », in Albrecht RANDELZHOFFER, Christian TOMUSCHAT, (dir.), *State responsibility and the individual*, Londres, Kluwer Law International, 1999, pp. 149-172 (164). Traduction : « Les différences entre les diverses règles conventionnelles empêchent l'identification d'une pratique uniforme qui est, après tout, le fondement du droit coutumier international ».

A. Un régime de responsabilité implicitement attaché à l'illégalité fautive devant le Conseil d'État

771. La souplesse avec laquelle le Conseil d'État agrée les particuliers à se prévaloir du droit conventionnel perdrait de son intérêt si elle se trouvait confrontée à des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État excessivement rigoureuses. Le régime de responsabilité pour violation du droit conventionnel défini par la plus haute juridiction administrative dans l'arrêt *Gardedieu*²¹⁹⁵, bien qu'abondamment critiqué en raison de son indétermination²¹⁹⁶, ne se perd pas dans cet écueil.

772. Dans cet arrêt, le Conseil d'État semble au premier abord s'être détourné des fondements traditionnels, pour fautive et sans fautive, de la responsabilité administrative²¹⁹⁷. Mais en réalité, ce choix apparaît davantage dicté par des impératifs de diplomatie jurisprudentielle, tenant aux réticences du juge à qualifier de fautive l'action normative du législateur²¹⁹⁸, que par des considérations de logique juridique. L'inconventionnalité législative s'apparente à une illégalité et devrait ainsi, en vertu de la jurisprudence *Driancourt*²¹⁹⁹, être qualifiée de

²¹⁹⁵ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc.

²¹⁹⁶ V. Fabrice LEMAIRE, « La responsabilité de l'État en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme par une loi : quel fondement ? », *Rev.trim.dr.h.*, 2007, pp. 909-924 ; Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'Assemblée du 8 février 2007 », *D.A.*, mai 2007, pp. 9-17. Le régime de responsabilité *Gardedieu* pour inconventionnalité de la loi a depuis été confirmé dans un arrêt *Société d'éditions et de protection Route* : CE, 23 juillet 2014, *Société d'éditions et de protection route*, n°354365, *nep*. Dans cet arrêt, le Conseil d'État indique que la Cour administrative d'appel de Paris « s'est méprise sur la portée des écritures des requérants », lorsqu'elle a écarté le moyen d'engagement de la responsabilité de l'État français fondé sur l'inconventionnalité de la loi, en raison de l'assimilation de cette antinomie à une faute par les requérants. Ce faisant, la très haute juridiction administrative procède à une réécriture des moyens soulevés par les requérants afin de sauvegarder le caractère *sui generis* de la responsabilité pour inconventionnalité de la loi. Sur ce dernier point, V. Johann GUIORGUEFF, « Le Conseil d'État garantit la prévisibilité de la loi, pas celle de la jurisprudence judiciaire », *La Revue des droits de l'homme*, 22 août 2014.

²¹⁹⁷ Il convient de relever que Marie Christine ROUAULT a au contraire considéré que « [r]ompant avec une tradition juridique établie, l'arrêt d'assemblée *Gardedieu* pose le principe de la responsabilité pour faute du législateur, qui vient s'ajouter au précédent fondement (rupture d'égalité devant les charges publiques) », (« L'État doit réparer les préjudices dus à l'application d'une loi contraire à la Convention EDH », *J.C.P. G.*, 2007, n°11, pp. 53-56).

²¹⁹⁸ La dimension politique du régime proposé par le commissaire du gouvernement Luc DEREPA est singulièrement perceptible lorsqu'il soutient que « le constat d'une méconnaissance de la norme supérieure et la qualification de faute donnée à cette dernière sont deux opérations distinctes », et que le juge administratif n'est pas habilité « à procéder à cette qualification », (« La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », conclusions sur CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc., p. 368).

²¹⁹⁹ CE, Sect., 26 janvier 1973, *Driancourt*, *Leb.* p. 78.

fautive²²⁰⁰. Dominique Pouyaut observe en ce sens que « [r]etenir la responsabilité pour faute aurait probablement été la solution la plus cohérente et la plus simple, et peut être la plus logique, mais il semble que le Conseil d'État n'ait pas fait ce choix »²²⁰¹. Marie Gautier et Fabrice Melleray jettent également un regard critique sur l'inutile hybridité du régime de responsabilité *Gardedieu* affirmant qu'« à partir du moment où l'on sait que le droit français repose sur le principe selon lequel toute illégalité est fautive et où nul ne contestera sans doute que “la notion de légalité s'est élargie pour inclure les actes internationaux et communautaires. Toute méconnaissance de ceux-ci est donc fautive”, comment nier que le législateur commette une faute en violant un engagement international [...] La meilleure preuve de l'identité entre la construction semble-t-il retenue par le Conseil d'État et la responsabilité pour faute est d'ailleurs que leur régime est identique »²²⁰².

773. C'est en effet précisément cette communauté de régime qui empêche de fondre le régime de responsabilité *Gardedieu* dans la responsabilité sans faute. Ainsi, le fondement des jurisprudences *La Fleurette*²²⁰³ et *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*²²⁰⁴ – la rupture de l'égalité devant les charges publiques – justifie l'exigence d'anormalité et de spécialité du préjudice à réparer. Or, le Conseil d'État précise au contraire dans la jurisprudence *Gardedieu* que « l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France » doivent être réparés. Il s'agit donc d'un régime de responsabilité qui semble, par son objectivité, indifférent aux propriétés du préjudice subi par le requérant. Cette prise de distance vis-à-vis de la jurisprudence *La fleurette* est bienvenue dès lors que « la responsabilité sans faute du législateur est exceptionnelle, car il est rare que le caractère général et impersonnel de la loi

²²⁰⁰ Les développements de René CHAPUS sont à cet égard particulièrement éclairants : « apprécier une loi comme n'étant pas compatible avec une norme qui lui est supérieure (et qu'elle devrait respecter), c'est en faire ressortir l'irrégularité. En d'autres termes, c'est reconnaître que le législateur (et il ne faut pas hésiter devant la simplicité expressive du terme) a commis une faute. C'est ainsi que dans l'hypothèse ici considérée, la consécration de la responsabilité de l'État pour faute du législateur est concevable », (*Droit administratif général*, T.1, *op. cit.*, n°1519).

²²⁰¹ Dominique POUYAUD, « Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », *R.F.D.A.*, 2007, pp. 525-534 (526).

²²⁰² Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'Assemblée du 8 février 2007 », *préc.*, p. 16. Le propos cité par les auteurs est extrait des conclusions du commissaire du gouvernement Goulard sur l'affaire *Dangeville* : Guillaume GOULARD, conclusions sur CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, *préc.*

²²⁰³ CE, ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*, *Leb.* p. 25.

²²⁰⁴ CE, ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, n°50515, *Leb.* p. 257.

soit à l'origine d'un préjudice spécial »²²⁰⁵. En définitive, bien que la très haute juridiction administrative s'interdise de qualifier de fautive l'action normative de l'État législateur, le régime de responsabilité instauré pour sanctionner son inconvencionnalité est, sur le fond, identique au régime de responsabilité administrative pour faute²²⁰⁶ et s'avère favorable à la réparation des préjudices subis par la personne victime de l'acte inconvencionnel.

774. Les conditions d'engagement de responsabilité de l'État français sont équivalentes selon que la violation d'une obligation conventionnelle est imputable au législateur ou à l'administration. Dans sa décision *Arizona Tobacco Products*²²⁰⁷, le Conseil d'État avait tacitement placé le régime de la responsabilité pour contrariété d'un acte administratif au droit international sur le terrain de l'illégalité fautive²²⁰⁸. C'est d'ailleurs sur ce terrain que la responsabilité du fait de l'action normative inconvencionnelle continuera le plus souvent de se placer. Le lien direct entre le fait générateur du litige, l'inconvencionnalité d'une loi, et le dommage subi par le requérant ne peut en effet être établi que très exceptionnellement. Si bien que la jurisprudence des *Tabacs*, « faux-fuyant »²²⁰⁹ de la jurisprudence administrative française, continuera de trouver à s'appliquer dans toutes les hypothèses, quantitativement majoritaires, où le préjudice résulte d'un acte administratif pris en application de la loi inconvencionnelle²²¹⁰.

775. Le régime de responsabilité extracontractuelle de l'État français s'avère donc favorable à la réparation dans l'ordre juridique interne des préjudices causés par l'inconvencionnalité de sa production normative. De sorte que Conseil d'État paraît engager la France sur la voie de la satisfaction de ses obligations secondaires internationales. La Cour de justice a institué le même régime de responsabilité. Mais, eu égard à la rigueur des conditions

²²⁰⁵ Dominique POUYAUD, « Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », préc., p. 529.

²²⁰⁶ V. Paul CASSIA, « Contentieux administratif et droit communautaire », *jscl. Droit administratif*, fascicule 1003, 2009, n°66 ; Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'Assemblée du 8 février 2007 », préc., p. 17.

²²⁰⁷ CE, ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, *Leb.* p. 78.

²²⁰⁸ Frédéric LENICA, Julien BOUCHER, « Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 585-589 (587) ; Olivier DUBOS, « Droit administratif et droit communautaire », *jscl. Droit administratif*, fascicule 24, 2007, pt. 172. Il est à signaler que si cet arrêt ne mentionnait pas explicitement l'existence d'une faute, le mot est employé dans la jurisprudence ultérieure du Conseil d'État : CE, 26 novembre 1999, *Société martiniquaise de concession*, *Tables Leb.* pp. 673, 689, 695, 1048.

²²⁰⁹ Ami BARAV, « Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 431-470 (463).

²²¹⁰ CE, 31 juillet 2009, *Société Ulysse SAS*, n°316525, *Leb.* p. 328.

d'invocabilité du droit conventionnel dans le contentieux de la réparation, ce régime est moins propice à la réparation des préjudices causés par les actes inconventionnels de l'Union.

B. Un régime de responsabilité explicitement attaché à l'illégalité fautive devant la Cour de justice

776. À défaut d'invocabilité, les victimes de violations des règles OMC par les institutions de l'Union sont privées de tout droit à réparation. Le régime de responsabilité de l'Union reste en effet ancré dans la faute qu'il n'est possible d'établir qu'au prix du constat d'une illégalité. Dans l'arrêt *FIAMM*, la Cour de justice a refusé l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Union, préalablement admise par le Tribunal de première instance. Elle a ainsi jugé qu'en reconnaissant « dans les arrêts attaqués l'existence d'un régime de responsabilité extracontractuelle de la Communauté du fait de l'exercice licite par celle-ci de ses activités relevant de la sphère normative, le Tribunal a commis une erreur de droit »²²¹¹. La solution retenue par la Cour a abondamment été critiquée en doctrine²²¹². Elle fut en effet considérée comme une occasion manquée d'instaurer un régime de responsabilité sans faute, qui aurait permis aux personnes ayant subi un préjudice grave causé par une violation d'une obligation conventionnelle d'obtenir une indemnisation²²¹³.

777. À l'occasion de l'affaire *FIAMM*, l'avocat général Poiares Maduro proposait pourtant à la Cour de s'inspirer des droits français et allemand et d'opérer une synthèse des doctrines de l'égalité devant les charges publiques et de la «*Sonderopfertheorie*»²²¹⁴. Un regard sur la

²²¹¹ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 179.

²²¹² V. par exemple, Marco BRONCKERS, « From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », préc., p. 893 ; Claudie WEISSE-MARCHAL, « Responsabilité extracontractuelle de la Communauté du fait de son activité normative », préc., p. 3130.

²²¹³ Denys SIMON estime que le régime de responsabilité sans faute proposé par l'avocat général Maduro « avait [...] l'avantage de ne pas porter atteinte à la liberté de négociation des institutions tout en permettant l'indemnisation dans certaines conditions des opérateurs qui auraient subi, du fait de décisions politiques prises dans l'intérêt général, un préjudice anormal et spécial », (« UE, OMC et États Unis », *Europe*, novembre 2008, pp. 22-24 (23)) ; Francis DONNAT, Christian LAMBERT et Emmanuelle BROUSSY constatent de leur côté que les conclusions de l'avocat général relatives à la responsabilité sans faute « n'ont malheureusement pas été suivies », (« La Cour refuse de dégager l'existence d'un régime communautaire de responsabilité sans faute », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 2327-2329 (2328)).

²²¹⁴ Luis Miguel Poiares MADURO, 20 février 2008, conclusions sur CJCE, *FIAMM*, préc., pts. 62 et 63. La «*Sonderopfertheorie*» est une théorie selon laquelle les individus qui, du fait d'une intervention publique licite,

jurisprudence passée de la Cour de justice et du Tribunal semblait plaider en faveur de la reconnaissance du principe de responsabilité sans faute. Dans l'affaire *Dorsch Consult*, la Cour de justice avait cerné les contours du régime de la responsabilité sans faute, sans en avoir pour autant consacré le principe, en jugeant que « dans l'hypothèse où le principe de responsabilité de la Communauté du fait d'un acte licite devrait être reconnu en droit communautaire, l'engagement d'une telle responsabilité supposerait, en tout état de cause, l'existence d'un préjudice "anormal" et "spécial" »²²¹⁵. Comme indiqué par Laurent Coutron, la lecture dans l'ordonnance *Galileo International Technology*²²¹⁶ induisait « qui n'aurait pas connaissance des atermoiements de la Cour de justice »²²¹⁷, à conclure à l'existence d'un régime de responsabilité sans faute de l'Union européenne. Cette ordonnance indiquait que « la Cour a déjà jugé que la responsabilité non contractuelle de la Communauté ne saurait être engagée du fait d'un acte licite que si trois conditions cumulatives sont remplies, à savoir la réalité du préjudice prétendument subi, le lien de causalité entre celui-ci et l'acte reproché aux institutions de la Communauté ainsi que le caractère anormal et spécial du préjudice allégué »²²¹⁸. Le Tribunal s'est montré encore plus affirmatif, n'usant pas le conditionnel dans ses arrêts, et estimant à plusieurs reprises que « [d]ans l'hypothèse d'un dommage engendré par un comportement des institutions de la Communauté dont le caractère illégal n'est pas démontré, la responsabilité non contractuelle de la Communauté peut être engagée, dès lors que sont cumulativement remplies les conditions relatives à la réalité du préjudice, au lien de causalité entre celui-ci et le comportement des institutions communautaires, ainsi qu'au caractère anormal et spécial du préjudice en question »²²¹⁹.

subissent un « sacrifice spécial » – c'est-à-dire un préjudice équivalent à une expropriation – doivent obtenir réparation.

²²¹⁵ CJCE, 15 juin 2000, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-237/98 P, Rec. p. I-4549, pt. 18

²²¹⁶ CJCE, ord., 20 mars 2007, *Galileo International Technology LLC contre Commission des Communautés européennes*, C-325/06 P, Rec. p. I-44.

²²¹⁷ Laurent COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt *FIAMM* », préc., p. 336.

²²¹⁸ CJCE, ord., 20 mars 2007, *Galileo International Technology LLC contre Commission des Communautés européennes*, préc., pt. 76.

²²¹⁹ TPI, 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-69/00, Rec. p. II-5393, pt. 160 ; TPI, 14 décembre 2005, *Beamglow Ltd contre Parlement européen*, T-383/00, Rec. p. II-5459, pt. 174 ; TPI, 14 décembre 2005, *Le Laboratoire du Bain contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-151/00, Rec. p. II-23, pt. 171 ; TPI, 10 mai 2006, *Galileo International Technology LLC et autres contre Commission des Communautés européennes*, préc., pt. 147 ; TPI, 16 novembre 2006, *Masdar (UK) Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-333/03, Rec. p. II-4377, pt. 65 ; TPI, 13 décembre 2006, *É. R., et autres contre Conseil de l'Union européenne*, T-138/03, Rec. p. II-4943, pt. 153 ; TPI, 8 juillet 2008, *Sviluppo Italia Basilicata SpA contre Commission des Communautés européennes*, T-176/06, Rec. p. II-126, pt. 116.

Dans l'arrêt *FIAMM*, la Cour de justice a pourtant accordé foi à l'argument de la Commission selon lequel le principe de la responsabilité de la Communauté du fait d'un acte licite « n'aurait jamais été reconnu en jurisprudence »²²²⁰. Surprenant, ce choix amène à douter de « l'existence même d'une véritable jurisprudence du Tribunal »²²²¹. Assumer la responsabilité du revirement jurisprudentiel opéré eut été mieux venu que ce reniement aux accents de négationnisme juridique.

778. Partant du constat qu'une convergence des ordres juridiques des États membres n'existait pas « en ce qui concerne l'existence éventuelle d'un principe de responsabilité en présence d'un acte ou d'une omission licites de l'autorité publique »²²²², la Cour de justice a refusé de consacrer le principe de la responsabilité sans faute du fait des préjudices anormaux et spéciaux résultant de l'action de l'Union européenne. L'emploi de la méthode quantitative, au moyen de laquelle la Cour de justice a écarté l'existence d'un principe général du droit en matière de responsabilité sans faute, n'est pas à l'abri de tout reproche²²²³. La méthode qualitative a en effet été privilégiée depuis plusieurs décennies pour dégager l'existence de principes généraux du contentieux de l'Union européenne. Guidée par des logiques différentes, son application aurait sûrement mené à la consécration du principe de responsabilité sans faute. Elle fut explicitée par l'avocat général Roemer dans ses conclusions sur l'affaire *Wernhahn* : « [c]e qui est important en effet pour la méthode d'analyse juridique

²²²⁰ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 148.

²²²¹ Laurent COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt *FIAMM* », préc., p. 337.

²²²² CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 175. Cette appréciation contraste fortement avec l'analyse du Tribunal de première instance qui estimait que « les droits nationaux de la responsabilité non contractuelle permettent aux particuliers, bien qu'à des degrés variables, dans des domaines spécifiques et selon des modalités différentes, d'obtenir en justice l'indemnisation de certains dommages, même en l'absence d'action illicite de l'auteur du dommage » : TPI, 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, préc., pt. 159.

²²²³ La solution de la Cour a pourtant ses soutiens. Alessandra ARCURI et Sara POLI considèrent ainsi que « [t]he Court's exclusion that the principle of liability in the absence of unlawful behaviour has a legal basis in the Treaty is convincing, since only two of the 7 Member States provide for a principle of extra-contractual liability in the absence of unlawful conduct and in very special circumstances, as well illustrated by the Commission. Such being the situation of national legal orders, it is highly doubtful that that principle could be deemed "common" to national legal orders, as required by Art. 288 par. 2 [actuel article 340, paragraphe 2 du TFUE] », (« What price for the Community Enforcement of WTO Law? », préc., p. 24). Traduction : « Le refus opposé par la Cour au principe de responsabilité sans illégalité trouve un fondement convaincant dans le droit primaire, dans la mesure où seuls 7 États membres ont admis un tel régime de responsabilité dans certaines circonstances spécifiques, comme l'a bien démontré la Commission. L'état du droit des États membres étant tel, on doute que ce principe puisse être considéré comme étant "commun" aux ordres juridiques des États membres, comme l'exige l'article 288, paragraphe 2 [actuel 340, paragraphe 2 du TFUE] ».

de l'article 215, alinéa 2 [actuel 340, alinéa 2 du TFUE], c'est non pas la concordance des ordres juridiques de tous les États membres, non plus qu'un genre de scrutin suivi de la constatation d'une majorité, mais ce que des auteurs de renoms (comme Zweigert) ont appelé l'étude pondérée de droit comparé. Dans cette perspective, il est important d'établir quel ordre juridique se présente comme étant le meilleur »²²²⁴. Cette méthode, préférée à celle du dénominateur commun, a permis à la Cour d'élargir continuellement les hypothèses d'engagement de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union²²²⁵. Et la Cour s'est ici montré réticente à étendre son emprise aux actions en responsabilité du fait de l'action normative licite des institutions de l'Union européenne, formées sur le fondement de l'article 340, alinéa 2 du TFUE.

779. Il est admis que « l'approche comparative vise aussi à conférer à l'ordre juridique communautaire un "socle" d'acceptabilité auprès des ordres juridiques nationaux » qui doit se traduire par un souci « d'épouser les convictions communes des États membres et de ne pas heurter frontalement la sensibilité de certains d'entre eux »²²²⁶. Or, dans l'affaire *FIAMM*, seul le Royaume d'Espagne s'était porté au soutien du Conseil et de la Commission pour contester l'opportunité de la consécration du principe de responsabilité sans faute. Dans ces conditions, il apparaît difficile de soutenir que ce régime de responsabilité suscitait l'opposition farouche d'une communauté d'États membres partageant une même hostilité à son endroit.

780. L'argument économique pourrait justifier cet écart de la Cour aux logiques directrices guidant traditionnellement l'élaboration des principes généraux du droit. Mais la jurisprudence *FIAMM* ne s'avère même pas efficiente. Au contraire, elle intensifie la pression générée par les contre-mesures américaines sur l'économie européenne en privant d'indemnisations ses opérateurs économiques, qui ont « subi du fait de mesures prises dans l'intérêt général un dommage anormal et spécial constituant une rupture manifeste de

²²²⁴ Karl ROEMER, 18 septembre 1973, conclusions sur CJCE, *Wilhelm Werhahn Hansamühle et autres contre Conseil des Communautés européennes*, 63 à 69/72, Rec. p. 1229 (1258).

²²²⁵ Sur la responsabilité de l'État pour violation par le législateur du droit de l'Union européenne, V. CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, C-46 et 48/93, Rec. p. I-1029 ; sur la responsabilité de l'État pour violation par les juridictions nationales du droit de l'Union européenne : CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, C-224/01, Rec. p. I-10239 ; CJCE, Gde chbre, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana*, C-173/03, Rec. p. 5177.

²²²⁶ Koen LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *R.T.D. eur.*, 2001, pp. 487-528 (496-497).

l'égalité devant les charges publiques au sens [...] de la responsabilité sans faute »²²²⁷. Pour justifier sa position, la Cour de justice soutient qu'« [u]n opérateur économique ne saurait revendiquer un droit de propriété sur une part de marché qu'il détenait à un moment donné, une telle part de marché ne constituant qu'une position économique momentanée, exposée aux aléas d'un changement de circonstances »²²²⁸. De nombreux facteurs aléatoires, soustraits à la responsabilité de l'Union européenne, peuvent en effet menacer la pérennité de l'activité économique des entreprises européennes. Mais il ne semble guère avisé d'inclure parmi ces facteurs aléatoires les violations des règles OMC par les institutions de l'Union et les contre-mesures adoptées par ses partenaires commerciaux qu'elles induisent. L'OMC est en effet un système normatif doté d'un Organe de règlement des différends à compétence obligatoire. Si bien que les sujets de droit européens peuvent légitimement attendre des institutions de l'Union qu'elles respectent le corpus de règles qui composent le droit de l'OMC²²²⁹.

781. Le choix de la Cour est au contraire soutenu par une doctrine qui considère que les effets des règles OMC doivent être définis par les institutions de l'Union qui ne prendraient en considération que l'intérêt général, et non par les réclamations de personnes privées qui solliciteraient la défense de leurs intérêts propres²²³⁰. Mais la protection des agents économiques de l'Union, par son coût limité, n'affecterait pas outre mesure l'intérêt général. Dès lors que la responsabilité sans faute nécessite l'établissement d'un préjudice anormal et spécial, l'avocat général Poiares Maduro observait que « *le nombre des victimes à même de*

²²²⁷ Denys SIMON, « UE, OMC et États Unis », préc., p. 24.

²²²⁸ CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 185.

²²²⁹ Cette idée est développée par Marco BRONCKERS : « [w]hile EC exporters have to accept that their commercial position abroad can be adversely affected for various reasons, it is not all obvious that they have to expect that their own government, the EC, will disregard its international legal obligations under the WTO and thereby provoke retaliatory trade restrictions from other countries. The WTO is a rule-based system with an unusually compelling dispute settlement system. EC citizens are entitled to expect that the EC will abide by the rule of law, on which European integration itself depends, also in the context of the WTO », (Marco BRONCKERS, « From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », préc., p. 893). Traduction : « bien que les exportateurs communautaires doivent accepter que leur position commerciale à l'étranger puisse être affectée pour diverses raisons, il n'est pas évident qu'ils doivent s'attendre à ce que leur propre gouvernement, la Communauté, ne respecte pas les obligations internationales que lui impose le droit de l'OMC et provoque ainsi l'émission de contre-mesures par ses partenaires commerciaux. L'OMC est un système juridique qui comporte un système de règlement des différends particulièrement efficace. Les citoyens européens sont en droit de s'attendre à ce que la Communauté respecte le règne du droit (ou le principe de l'État de droit), principe qui se trouve aux fondements mêmes de l'intégration européenne, de même qu'on le trouve dans le contexte de l'OMC ».

²²³⁰ Francis SNYDER affirme ainsi que l'évaluation de l'impact des règles OMC « *is best left to majoritarian institutions than being dependent on individual ad hoc claims* », (« Constructing Relations Between Sites of Governance : The European Courts and WTO Law », in Francis SNYDER (dir.), *The EU, the WTO and China: Legal Pluralism and International Trade Regulation*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 153-208 (172). Traduit dans le corps du texte.

pouvoir se plaindre d'un préjudice qui satisfasse à ces exigences sera, en tout état de cause, toujours très limité, si bien que le poids pour le budget de l'Union d'une éventuelle indemnisation ne sera jamais de nature à contraindre le comportement des organes politiques communautaires dans le cadre de l'OMC »²²³¹.

782. En définitive, l'exhumation d'une « *conception arithmétique [...] désuète* »²²³² des principes généraux du droit agit ici en défaveur de la protection juridictionnelle des personnes privées victimes de faits internationalement illicites, procédant d'une action normative jugée légale dans l'ordre interne. Ce choix est contestable dans la mesure où la responsabilité sans faute était un moyen d'effacer, au moyen d'une procédure de réparation des préjudices subis, les conséquences du fait internationalement illicite²²³³. Cette jurisprudence n'est toutefois pas dépourvue de toute vertu. La Cour de justice opère en effet « *appel discret au législateur* » de l'Union européenne, « *afin qu'il ne laisse pas sans réponse les situations les plus inéquitables* »²²³⁴. Les autorités normatives sont ainsi appelées à élaborer des dispositifs d'indemnisation propres à réparer les préjudices causés aux entreprises européennes par les

²²³¹ Luis Miguel Poiaras MADURO, 20 février 2008, conclusions sur CJCE, *FIAMM*, préc., pt. 78.

²²³² Laurent COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt *FIAMM* », préc., p. 337.

²²³³ Il aurait même été en capacité de prévenir la réalisation du fait internationalement illicite si la théorie du fait complexe avait prospéré. Cette proposition est valable concernant les obligations de résultat prescrites par le droit international. En effet, pour reprendre les termes du projet d'Articles sur la responsabilité internationale de 1996, « *pour pouvoir conclure à l'existence d'une violation d'une obligation internationale de résultat relative au traitement de particuliers, [...] il faut d'abord établir que les particuliers qui s'estiment lésés du fait qu'ils sont mis dans une situation incompatible avec le résultat internationalement requis ne sont pas parvenus, même en utilisant jusqu'au bout les recours qui leurs sont ouverts sur le plan interne, à obtenir que cette situation soit dûment redressée ; car c'est seulement si ces recours échouent que le résultat visé par l'obligation internationale deviendra définitivement irréalisable du fait de l'État* », (Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États, 12 juillet 1996, rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale de 1996, AG, Doc. off., 51^e session, Suppl., N° 10, A/51/10). On connaît la destinée funeste de la dichotomie obligation de résultat/ obligation, telle que présentée par Roberto Ago, de moyen qui a été abandonnée en 2001 par la Commission du droit international. Il en est fait ici emploi en raison de son indéniable valeur explicative, car « *on ne saurait nier la valeur ajoutée du concept de fait illicite "multiple" ("compose" ou "complexe") comme outil juridique aux fins de la "rilevazione" et de la qualification de l'illicéité d'un comportement étatique en contraste avec certains engagements internationaux de l'État* », (Giovanni DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et complexe dans le droit de la responsabilité », *A.F.D.I.*, 2006, pp. 1-54 (51)). Pour une analyse approfondie du rôle prépondérant des juridictions internes pour prévenir la réalisation de l'illicéité internationale dans le cadre de la théorie du fait complexe, V. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A.

²²³⁴ Francis DONNAT, Christian LAMBERT, Emmanuelle BROUSSY, « La Cour refuse de dégager l'existence d'un régime communautaire de responsabilité sans faute », préc., p. 2328. La Cour de justice affirme que le refus de créer un régime de responsabilité sans faute « *est opéré sans préjudice du large pouvoir d'appréciation dont dispose, le cas échéant, le législateur communautaire aux fins d'apprécier si, à l'occasion de l'adoption d'un acte normatif donné, la prise en compte de certains effets préjudiciables devant résulter de cette adoption justifie de prévoir certaines formes d'indemnisation* » : CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc., pt. 181.

contre-mesures économiques adoptées par les principaux partenaires commerciaux de l'Union européenne²²³⁵.

* *
*

²²³⁵ Marco DANI, « Remedying European Legal Pluralism: The *FIAMM* and *Fedon* Litigation and The Judicial Protection of International Trade Bystanders », *EJIL*, 2010, pp. 303-340 (316) ; V. également, Antonio TANCREDI, « On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU Legal Order », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL, (dir.), *International Law as Law of The European Union*, *op. cit.*, pp. 249-268 (263).

783. Conclusion de chapitre : L'invocabilité des accords internationaux dépourvus d'effet direct est assez libéralement admise par la Cour de justice et le Conseil d'État lorsque la revendication dont ces juridictions sont saisies ne tend pas à l'annulation d'un acte interne. Si le requérant le réclame, la Cour de justice est ainsi tenue d'interpréter le droit interne à la lumière d'une règle conventionnelle, qu'elle soit ou non d'effet direct. Actuellement, le Conseil d'État ne se considère pas de son côté lié par une telle demande et semble n'employer la doctrine de l'interprétation conforme que lorsqu'elle offre une solution alternative à l'invalidation. La nécessaire harmonisation des méthodes d'interprétation des règles françaises et de l'Union européenne qui entrent dans le champ d'application des accords mixtes laisse toutefois supposer qu'à l'avenir, le Conseil d'État s'appropriera les logiques développées par la Cour de justice dans la jurisprudence *Dior*²²³⁶ et interprétera avec une certaine systématisme le droit français à la lumière des accords internationaux. Il est en revanche improbable que la divergence des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État sur la question de l'invocabilité de réparation vienne à disparaître. La juridiction de l'Union a en effet opéré le choix de soumettre l'invocabilité du droit conventionnel aux mêmes conditions dans les contentieux de la responsabilité et de la légalité. De sorte que le droit de se prévaloir d'une norme conventionnelle pour engager la responsabilité de l'Union reste indissociablement lié à la vérification préalable de son effet direct. Le Conseil d'État français semble de son côté avoir implicitement autonomisé l'invocabilité de réparation des traités de leur effet direct dans son arrêt *Gardedieu*²²³⁷. Cette orientation jurisprudentielle appelle toutefois une confirmation sous la forme de la reconnaissance de l'invocabilité de réparation d'une règle conventionnelle sans effet direct. Au total, il ressort des jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État que les justiciables peuvent attacher des effets de droit à des obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct lorsqu'ils situent leurs prétentions sur un terrain autre que celui de l'invalidation d'une règle interne. Devant la Cour de justice, il est possible de réclamer la prévention de la survenance d'une inconventionnalité, tandis que, devant le Conseil d'État, c'est la répression des conséquences préjudiciables de cette antinomie qui peut être demandée.

²²³⁶ CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior contre Tuk Consultancy*, préc. ; CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, préc. ; CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc. ; CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, préc.

²²³⁷ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, préc.

784. Conclusion de titre : La Cour de justice et le Conseil d'État français ont développé des formes d'invocabilité permettant d'attacher des effets aux normes conventionnelles dépourvues d'effet direct dans leur ordre juridique d'appartenance. Ces juridictions n'ont toutefois pas choisi des moyens identiques pour parvenir à cette fin. D'un côté, la Cour de justice recherche la satisfaction des obligations internationales imposées à l'Union par les normes conventionnelles sans effet direct. La pratique de l'interprétation conforme, la possibilité de se prévaloir d'accords internationaux portant des obligations processuelles et/ou mises en œuvre par l'acte contrôlé constituent les instruments privilégiés de réalisation de cet objectif. De l'autre côté, le Conseil d'État privilégie la réparation des effets préjudiciables de la violation des obligations internationales véhiculées par les normes conventionnelles sans effet direct. L'invocabilité de réparation est l'outil offert aux justiciables français pour atteindre ce but. C'est donc en s'acquittant de ses obligations primaires que la Cour de justice cherche à se conformer à ses obligations internationales dépourvues d'effet direct ; tandis que le Conseil d'État exécute ses obligations secondaires pour atteindre ce résultat. Mais ces formes d'invocabilité, créées par le Conseil d'État et la Cour de justice pour permettre aux stipulations conventionnelles sans effet direct de produire certains effets juridiques, restent inaptes à leur offrir tous les effets qu'appelle leur qualité d'éléments de la légalité interne. Il est en effet nécessaire, tant au regard des exigences du droit interne que du droit international, que l'invocabilité d'une règle conventionnelle soit par principe détachée de son effet direct lorsque le requérant allègue la violation de cette règle par une autorité publique dans le contentieux de la légalité.

Titre 2 : Pour une application optimale de la théorie objective de l'invocabilité

785. Une application optimale de la théorie objective de l'invocabilité exige la consécration de l'invocabilité d'exclusion. Processuellement, l'invocabilité d'exclusion confère aux personnes privées le droit d'exiger des juridictions qu'elles donnent effet à la primauté des règles conventionnelles en les employant comme normes de référence du contrôle de la légalité des actes législatifs ou infra-législatifs. Cette forme d'invocabilité érige de cette manière les particuliers en agents de la légalité conventionnelle. Le filtre de l'effet direct écarté, les juridictions internes ouvrent l'ordre juridique dont elles relèvent aux effets des normes conventionnelles, aptes ou non à créer des droits subjectifs. Cette perméabilité au droit conventionnel est susceptible de parfaire la cohérence des prescriptions de l'ordre juridique dans lequel les juridictions statuent, et apparaît conforme à l'ouverture au droit d'origine internationale des systèmes constitutionnels français et de l'Union européenne qui ont adhéré aux principes de l'"*offener Staat*"²²³⁸. Cette forme d'invocabilité fonde en outre le système juridique dans lequel elle est reconnue dans le modèle du *völkerrechtsfreundlich* « qui présume en somme que le développement et l'observation des normes internationales sont conformes à ses intérêts et qu'il doit s'y plier comme à ses propres lois »²²³⁹, évitant ainsi l'engagement de sa responsabilité internationale. L'affirmation selon laquelle la soumission du produit normatif de l'État au droit international est conforme à ses intérêts

²²³⁸ La première composante (posture de l'ordre juridique qui favorise le développement des normes internationales) est présente dans l'article 3, alinéa 5 TUE (« Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue [...] au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies »), et dans l'alinéa 15 du préambule de 1946 (« Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix »). La seconde composante (la production par le droit international d'effets juridiques dans l'ordre interne) de cette ouverture de la France et de l'Union européenne à la source internationale est perceptible dans l'article 55 de la Constitution de 1958 (« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »), et dans l'alinéa 14 du préambule de 1946 (« La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international... ») ; et dans l'article 216, alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres »). V. Rainer WAHL, « Der offener Staat und seine Rechtsgrundlagen », *Juristische Schulung*, décembre 2003, vol. 12, pp. 1145-1151.

²²³⁹ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 301.

s'expose toutefois à un contre-argument qu'il convient de prendre en considération pour façonner un modèle réaliste d'invocabilité d'exclusion.

786. Zaïki Laïdi explique en effet que dès lors que sont en cause les intérêts économiques des États, « *la stricte mesure du rapport coût/bénéfice de chacun devient la mesure de l'engagement international* »²²⁴⁰. De ce point de vue, l'intérêt des États ne constituerait pas un facteur de promotion du respect du droit international, comme le veut l'école du *völkerrechtsfreundlich*, mais au contraire un mobile susceptible d'entraver son développement et de motiver sa violation. La défense de l'accès immédiat des personnes privées à la norme conventionnelle devant le prétoire interne apparaît en cela, pour certains auteurs de l'école réaliste, être le fruit d'une « *théologie politique* »²²⁴¹ européenne. Celle-ci est accusée de sacraliser excessivement le respect du droit, en négligeant la spécificité d'un droit international qui resterait avant tout le théâtre d'un jeu de puissances, et non celui d'un réel projet politique²²⁴². Il existerait donc une certaine légitimité de l'illégal, une mesure dans laquelle un ordre juridique peut s'écarter du formalisme de sa hiérarchie des normes au nom de la sauvegarde de ses valeurs²²⁴³.

787. La marge nationale d'appréciation est alors identifiée comme un instrument de protection des valeurs sociales, environnementales ou sanitaires du projet politique porté par les ordres juridiques internes, qu'un strict respect de certaines obligations internationales, au premier rang desquelles les règles de l'OMC, risquerait de mettre en péril²²⁴⁴. L'analyse est irréfutable, elle fonde la jurisprudence de la Cour de justice qui tire le défaut d'invocabilité des règles OMC de la nécessaire préservation de la marge de manœuvre des autorités

²²⁴⁰ Zaïki LAÏDI, « Négociations internationales : la fin du multilatéralisme », *Revue Esprit*, novembre 2011, pp. 108-117 (111).

²²⁴¹ Martti KOSKENNIEMI, « International Law in Europe: Between Tradition and Renewal », *EJIL*, 2005, pp. 113-124 (120).

²²⁴² Hélène RUIZ FABRI, « Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013, op. cit.*, p. 191.

²²⁴³ Michel VIRALLY a cerné les champs respectifs de la légalité et de la légitimité en ces termes : « [l]a légalité au sens strict, n'exprime que l'idée d'une hiérarchie à respecter entre les normes ». Elle peut par conséquent devenir « le manteau du droit jeté sur la simple violence ». En revanche, « [l]a légitimité [...] en appelle, au-delà de tous les mécanismes techniques, à des valeurs juridiques s'imposant de façon permanente, et désignant de façon définitive les titulaires du pouvoir. Elle permet alors de déclarer dépourvus de validité les actes pris suivant des formes légales en violation de ces valeurs », (*La pensée juridique*, Paris, éditions Panthéon Assas, collection Les introuvables, Paris, 1998, p. 146).

²²⁴⁴ V. Hélène RUIZ FABRI, « Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013, op. cit.*, p. 195.

politiques de l'Union et de ses États membres dans le choix de leurs conditions de mise en œuvre²²⁴⁵. Pour cette raison, l'extension du domaine de la théorie objective de l'invocabilité ne sera pas plaidée en faveur de ceux des accords internationaux qui sont fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels, et tout particulièrement des traités conclus sous l'égide de l'OMC. Cette légitimité de l'illégal apparaît beaucoup plus ténue lorsque l'on s'écarte du droit commercial multilatéral. La violation de normes conventionnelles intervenant dans le domaine du droit de l'environnement, des droits fondamentaux, ou du droit humanitaire ne peut pas être justifiée au motif qu'elle permet de défendre certaines valeurs sur lesquelles seraient fondés les ordres juridiques français et de l'Union européenne²²⁴⁶. L'invocabilité d'éviction de ces dernières catégories d'accords peut donc être consacrée sans contraindre la France et l'Union européenne à renoncer à la protection de leurs intérêts, ni à renier leurs valeurs.

788. Dans ces conditions, l'invocabilité d'éviction présente un intérêt, aussi bien pour les personnes privées que pour les autorités normatives institutionnelles des ordres juridiques français et de l'Union. D'une part, en garantissant la sauvegarde de la cohérence de l'ordre juridique par le juge, cette justiciabilité permet aux personnes privées de n'être pas assujetties à des prescriptions antinomiques (chapitre 1). D'autre part, en permettant la mise en conformité du droit interne à leurs obligations internationales, cette justiciabilité permet la prévention de la mise en jeu de la responsabilité internationale de la France et de l'Union européenne (chapitre 2).

²²⁴⁵ Pour une analyse exhaustive des causes de la subordination de l'invocabilité des accords OMC à son application réciproque, V. *supra*, partie 1, Titre 1, chapitre 2, section 1, § 3, B, 1) ; Frédéric SCHMIED, *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres*, *op. cit.*, p. 252.

²²⁴⁶ Il apparaît en effet que si la protection de valeurs environnementales ou relatives aux droits de la personne humaine justifie la violation des obligations économiques pesant sur l'Union et la France en vertu des règles OMC, ce sont au contraire principalement les intérêts économiques qui peuvent justifier la violation de conventions de protection de l'environnement ou des droits humains.

Chapitre 1: Perspective interne : une technique de sauvegarde de la cohérence de l'ordre juridique

789. L'invocabilité d'exclusion des accords internationaux est un mécanisme à employer avec prudence. Elle n'a pas vocation à ériger les individus en procureurs privés²²⁴⁷ chargés de veiller au respect de toutes les obligations conventionnelles liant les autorités normatives. Certaines de ces obligations, et singulièrement celles issues du droit de l'OMC, sont en effet gouvernées par le principe de « *la liberté normative des États* », de sorte que leur invocabilité peut être écartée « *au nom même de la justice* »²²⁴⁸. La Cour de justice²²⁴⁹ comme le Conseil d'État français²²⁵⁰ se sont à juste titre appuyés sur leur défaut d'application réciproque pour écarter leur aptitude à constituer des paramètres de la légalité des actes unionnaires et étatiques. Les rapports entre les parties contractantes à ces accords, qui sont fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels, restent corollairement davantage ancrés dans un jeu de puissance que dans le règne du droit²²⁵¹. On ne plaidera donc pas en faveur de l'abandon de la

²²⁴⁷ La formule fait ici référence à la figure, popularisée par Joseph H. WEILER, de l'individu comme « *private attorney general* » chargé de veiller au bon respect du droit de l'Union européenne, bénéficiant à cette fin d'un accès simplifié au juge compétent pour en sanctionner la violation. V. par exemple, (« Cain and Abel. Convergence and Divergence in International Trade Law », in Joseph H. WEILER, *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 1-4 (1) ; « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration : an exploratory Essay », in Julie DICKSON, Pavlos ELEFThERIADIS, *Philosophical Foundations of European Union law*, op. cit., pp. 137-158 (155) ; « Individual Rights. The Sour Grapes », *EJIL*, pp. 277-280).

²²⁴⁸ Cette idée de justice, évoquée par Hélène RUIZ-FABRI, procède du fait que « *la rigueur des engagements pris rend difficile l'adoption des politiques publiques répondant à des préoccupations évolutives comme celles relatives à l'environnement, à la santé, à la protection sociale ou des droits humains* », (« Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, op. cit., p. 195).

²²⁴⁹ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc., pt. 43.

²²⁵⁰ CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EDF-BTP*, n° 297711, 297870, 297829, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171 et 301238, *Leb.* p. 298.

²²⁵¹ La distinction opérée par John H. JACKSON entre les « *power-oriented and rule-oriented systems* » est ici employée, (*The World trading system: Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, op. cit., p. 109). L'avocat général Julianne KOKOTT synthétise les fondements de cette analyse : « *It is possible under WTO law to come to balanced, negotiated solutions, even if a national measure could be considered stricto sensu as incompatible with WTO rules. Negotiations and the balance of concessions are integral parts of the WTO system. The existence of expressly foreseen alternatives to the strict observance of WTO rules suggests that the use of these alternatives should not be misconceived as a breach of obligations under international law* », (« International Law – A neglected « integral » part of the EU legal order? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 74). Traduction : « Il est possible en droit de l'OMC de trouver des solutions négociées et équitables aux différends, même si une mesure nationale est considérée comme incompatible avec certaines règles OMC. Les négociations et l'équilibre des concessions sont partie intégrantes du système OMC. L'existence de solutions

subordination de l'invocabilité à la réciprocité d'application concernant ceux des engagements internationaux qui sont fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels²²⁵².

790. Concernant les accords internationaux non fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels, la séparation du couple invocabilité/effet direct puise en revanche sa nécessité dans deux sources. La première, relative à la prise en considération des évolutions contemporaines du droit international, conduit au constat de la désuétude de son régime actuel d'invocabilité. Cette désuétude procède de la permanence de l'ancrage des solutions relatives à l'invocabilité du droit conventionnel dans l'avis de 1926 sur la compétence de *Dantzig* alors même que la substance de ce droit a profondément mué, s'intéressant aujourd'hui, autant que le droit interne, à la situation juridique des personnes privées²²⁵³. Détacher le droit de se prévaloir du droit conventionnel de la doctrine de l'effet direct permettrait de tirer toutes les conséquences de ce développement de l'emprise de cette source internationale sur le commerce juridique des personnes privées en favorisant son application par le juge interne. L'autre nécessité tient au souci de préserver la cohérence de l'ordre juridique dans lequel les normes conventionnelles déploient leurs effets, afin d'écartier la coexistence de prescriptions antinomiques opposables à ses sujets. Cette cohérence exige le respect de la primauté reconnue au droit conventionnel par les clauses unionaire et française de réception du droit international. Les thèses pluralistes, qui prospèrent en doctrine depuis le début du XXI^{ème} siècle, soutiennent la dilution de l'intérêt de l'analyse des interactions normatives en termes hiérarchiques²²⁵⁴. Elles n'ont toutefois pas su prouver la disparition de l'intérêt du recours au

alternatives à la stricte obéissance aux règles OMC suggère que l'usage de ces alternatives ne doit pas être mal interprété comme étant constitutif d'une violation des obligations internationales de l'Union ».

²²⁵² Niilo Jääskinen a récemment plaidé en faveur d'une libéralisation des conditions d'invocabilité du droit conventionnel, tout en soulignant que la « particularité » des accords OMC nécessite le maintien de la jurisprudence *Portugal contre Conseil*. Il a ainsi indiqué que la singularité de ces accords justifie le refus de leur invocabilité opposé aux requérants ordinaires et privilégiés dans le cadre du contrôle de légalité, (Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 81).

²²⁵³ Jean-Victor LOUIS observe à cet égard le « contraste entre un monde globalisé, un droit international qui imprègne de façon importante la vie des individus et de l'économie dans une mesure qui était inconnue au XX^{ème} siècle, et le fait que l'avis de 1926 sur la compétence des tribunaux de Dantzig reste l'alpha et l'oméga de la reconnaissance de l'effet direct des accords internationaux et, en particulier, de la possibilité de contester la légalité des actes de l'Union à l'aune de ces accords », (« Conclusions générales » in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, op. cit., pp. 205-225 (224)).

²²⁵⁴ On trouve les origines de la contestation de la pertinence de l'analyse du droit sous l'angle des systèmes juridiques chez Neil Mac CORMICK, V. en premier lieu, « Beyond Sovereign States », *Modern Law Rev.*, 1993, pp. 2-18 ; Mireille DELMAS-MARTY a synthétisé d'un souffle les traits saillants de ce phénomène contemporain :

principe de primauté, règle de hiérarchie des normes, pour dissoudre les antinomies normatives entre normes d'origines interne et internationale non susceptibles d'être résolues au moyen de l'interprétation conforme²²⁵⁵. Et l'invocabilité d'exclusion, qui s'appuie sur le principe de primauté pour fonder le droit du justiciable d'invoquer les accords internationaux, permet de soulever la violation de tout élément de la légalité conventionnelle.

791. L'invocabilité d'exclusion s'appréhende comme un instrument privilégié de la dissolution des conflits de normes (section 1). Appliquée aux normes conventionnelles sans effet direct, cette forme d'invocabilité devrait permettre aux justiciables d'obtenir l'inapplication ou l'abrogation des règles internes qui les violent manifestement (section 2).

« [e]n dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition des normes nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d'une défaite du droit, c'est d'une mutation qu'il s'agit, dans la conception même de l'ordre juridique », (*Les Forces imaginantes du droit (I). Le relatif et l'universel*, Paris, Le Seuil, 2004, p. 7).

²²⁵⁵ Pierre Brunet note que le discours pluraliste, qui tend à abandonner la représentation hiérarchisée des rapports inter-normatifs, s'appuie sur le constat de l'existence d'ordres juridiques fondés sur des principes communs et constitués en réseau, entre lesquels s'organiserait un effort de conciliation des décisions juridictionnelles. Il observe alors que « cette conciliation conduira inévitablement à devoir dissoudre préventivement ou résoudre curativement d'éventuelles contradictions et antinomies. Or, pour ce faire, il faudra désigner une autorité et l'investir d'une compétence qui fera d'elle une autorité supérieure aux autres. On fait ainsi revenir la hiérarchie que l'on croyait disparue. [...] Aussi paradoxal que cela paraisse, pour affirmer ou conférer une certaine autorité à l'affirmation qu'il n'y a pas de hiérarchie entre certaines normes encore faut-il se situer au sommet d'une hiérarchie des pouvoirs eux-mêmes normatifs », (Pierre BRUNET, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », *Revus*, 2013, pp. 5-10 (9)) ; V. également, Jean-Victor LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op. cit., p. 445.

Section 1: L'objet de l'invocabilité d'exclusion : la construction d'un ordre juridique cohérent

792. L'invocabilité d'exclusion permet de provoquer la résolution juridictionnelle des conflits entre normes conventionnelles et normes d'origine interne. Fondée sur la primauté des accords internationaux, cette forme d'invocabilité profite à toutes les normes conventionnelles, y compris celles d'entre elles qui ne satisfont pas les critères de l'effet direct. Elle est nécessaire à la cohérence de l'ordre juridique, puisque le fait qu'une règle conventionnelle appelle l'édiction d'une règle interne d'exécution pour atteindre la situation juridique d'une personne privée n'est pas de nature à écarter la possibilité de sa violation. Autrement dit, une norme interne peut être contraire à une règle conventionnelle marquée par son indétermination, dans l'hypothèse où une antinomie frontale ne peut pas être réduite par la voie de l'interprétation conforme²²⁵⁶.

793. L'application de l'invocabilité d'exclusion reste pour cette raison subsidiaire à la doctrine de l'interprétation conforme. La logique que suit la Cour de justice, lorsqu'elle est appelée à mettre en œuvre une règle interne de droit de l'Union européenne, qui « *attribue une sorte de priorité technique à l'interprétation conforme au sein des différentes formes d'invocabilité du droit de l'Union* »²²⁵⁷, doit être appliquée aux normes conventionnelles. L'invocabilité d'exclusion se présente alors comme un instrument de dernier recours, ne trouvant à s'appliquer qu'en cas d'antinomie manifeste entre droit d'origine interne et droit

²²⁵⁶ Pascal PUIG a mis en évidence cette illogisme à propos de la jurisprudence des juridictions françaises appelées à connaître de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. L'auteur critique un traitement de la Convention de New York qui, refusant son invocabilité sur le terrain du défaut d'effet direct, arrive à « *mettre artificiellement "hors-jeu" ce texte* » ; et estime « *préférable de permettre au juge d'écarter la protection qu'institue le traité au profit de la loi nationale* », (« Hiérarchie des normes : du système au principe », préc., p. 790). Si l'auteur critique à juste titre l'instrumentalisation juridictionnelle de l'effet direct, sa proposition consiste par la suite à substituer une artificialité à une autre, car il propose de dénier à l'article 55 son aptitude à fonder l'inapplicabilité de la loi in conventionnelle. Or, sans révision constitutionnelle, le caractère hiérarchisé de l'ordre juridique français interdit d'envisager une inversion des rangs de la source législative et de la source conventionnelle.

²²⁵⁷ Denys SIMON, « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, op. cit.*, p. 298. L'arrêt *Maribel Dominguez* est cité comme particulièrement éclairant sur cette question : « *la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible* » : CJUE, Gde chbre, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, préc., pt. 24.

conventionnel. L'ordre chronologique dans l'examen des formes d'invocabilité du droit de l'Union présenté par Denys Simon conserve sa pertinence lorsqu'est en cause le droit conventionnel : « *le juge national*²²⁵⁸ *doit d'abord s'efforcer de procéder à une interprétation conciliatrice grâce à l'interprétation conforme ; en cas d'impossibilité de désamorcer l'incompatibilité, il lui appartient de faire jouer l'invocabilité d'exclusion* »²²⁵⁹. Seul le constat d'une contradiction frontale entre normes interne et internationale permet ainsi au juge de laisser inappliquée ou d'invalider la première en vertu de la primauté de la seconde.

794. Les craintes suscitées par l'élargissement de l'invocabilité du droit conventionnel dans le contrôle de la légalité, parfois considéré comme un vecteur d'instabilité du droit d'origine interne²²⁶⁰, doivent en outre être modérées par la subordination de l'existence du conflit de normes à la superposition de leur champ d'application (§ 1). Le droit conventionnel international et le droit interne ont souvent des champs d'application distincts, dans la mesure où ces sources s'inscrivent moins dans une relation de concurrence que de complémentarité²²⁶¹. Cela réduit les hypothèses de conflits de normes et, par voie de conséquence, d'invalidation de règles internes tirées de leur contrariété au droit conventionnel. Mais, lorsqu'il y a superposition des champs d'application d'une règle interne et d'une règle conventionnelle, l'invocabilité d'exclusion, fondée sur la primauté du droit conventionnel, permettrait la résolution de l'antinomie causée par la violation de la seconde par la première (§ 2).

²²⁵⁸ Eu égard au champ d'étude de notre thèse, cette proposition doit ici être lue comme s'étendant à l'office de la Cour de justice.

²²⁵⁹ Denys SIMON, « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, op. cit.*, p. 299.

²²⁶⁰ L'opposition des autorités publiques à la libéralisation des conditions d'invocabilité du droit international est manifeste. La récente offensive des institutions de l'Union européenne contre les arrêts du Tribunal de l'Union européenne *Vereniging Milieudéfensie* et *Stichting Natuur*, à la faveur desquels la juridiction de Luxembourg a élargi le champ d'application de l'invocabilité *Nakajima*, en a témoigné : les deux arrêts ont fait l'objet de pourvois, du Parlement européen, du Conseil et de la Commission pour ce qui concerne l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie*, affaires jointes C-401/12P, C-402/12P et C-403/12P, et du Conseil et de la Commission en ce qui concerne l'arrêt *Stichting Natuur en Milieu*, affaires jointes C-404/12P et C-405/12P. Le service juridique du ministère des affaires étrangères français avait de son côté manifesté son opposition à toute tentative d'extension de l'invocabilité du droit conventionnel aux normes conventionnelles dépourvues d'effet direct dans son mémoire de défense sur l'arrêt *GISTI et FAPIL*, V. DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, « observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* », préc., p. 12.

²²⁶¹ Jean-Sylvestre BERGE, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 79-93 ; du même auteur, « Le droit national, international et européen et la question des rapports entre les différentes hiérarchies des normes », *Ann. dr. eur.*, 2010, pp. 3-22.

§ 1. L'existence du conflit subordonnée aux cas de superposition des champs d'application des normes interne et conventionnelle

795. Deux normes doivent partager le même champ d'application pour être susceptibles d'entrer en conflit. L'antinomie normative ne peut survenir que si ces règles déploient leurs effets dans le même champ d'application *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis*. Cela explique que la superposition du champ d'application des règles d'origines interne et externe constitue une condition de mise en œuvre du principe de primauté²²⁶², en sa qualité de mode de résolution des conflits de normes. En cela, l'exigence de superposition du champ d'application des normes primaires dont l'incompatibilité est alléguée s'analyse comme une condition de l'applicabilité du principe de primauté, règle secondaire de résolution de conflit de norme, dans la mesure où l'existence même du conflit lui est subordonnée²²⁶³. De sorte que l'utilité de l'invocabilité d'éviction, qui est fondée sur ce principe, est logiquement subordonnée à cette superposition.

796. L'identité du champ d'application des normes conventionnelle et d'origine interne constitue donc une limite conséquente à l'applicabilité du principe de primauté et, *ipso jure*, à l'utilité de l'invocabilité d'éviction (A). Le Conseil d'État français a par ailleurs renoncé à conférer une immunité juridictionnelle aux actes exécutant un traité international sur le fondement d'une stipulation relevant d'un autre engagement international (B).

²²⁶² La réciprocité d'application constitue une autre limite à l'opérance de l'invocabilité d'éviction. Elle n'est toutefois pas de même nature que l'identité des champs d'application en ce qu'elle conditionne l'accession de la norme conventionnelle fondée sur le principe de réciprocité et d'avantages mutuels au rang de paramètre de la légalité des actes internes et non son applicabilité aux faits d'espèce, V. *supra*, partie 1, Titre 1, chapitre 2, section 1, § 3.

²²⁶³ Il est à noter qu'une situation juridique placée dans le champ d'application superposé de règles interne et internationale ne sera pas nécessairement soumise à la même hiérarchie selon qu'elle soit soumise à un juge interne ou international, qu'elle soit envisagée dans l'ordre interne ou international. C'est ce que signifie Jean-Sylvestre BERGE lorsqu'il affirme qu'« une même situation peut être soumise à des éclairages juridiques différents, à des niveaux différents, la possibilité se fait jour de voir appliquée à la même situation une autre hiérarchie des normes, celle d'un autre système », (« Le droit national, international et européen et la question des rapports entre les différentes hiérarchies des normes », préc., p. 21). En témoigne par exemple le perspectivisme de la jurisprudence de la Cour de justice qui fait primer les valeurs fondamentales de l'Union européenne sur les règlements de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies dans les affaires *Kadi*, alors même que ces résolutions ne peuvent se voir opposer des règles internes, fussent-elles constitutionnelles, dans l'ordre international. La hiérarchie des normes s'appliquant à la situation juridique de la victime de gel de fonds n'est pas la même selon qu'elle soit envisagée dans l'ordre interne ou dans l'ordre international, (V. Alain PELLET, « constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme », *R.M.C.U.E.*, pp. 415-418). Le point de vue ici adopté est celui de son traitement par les juridictions internes.

A. L'existence du conflit subordonnée à la superposition des champs d'application d'une norme interne et d'une norme conventionnelle

797. Le principe de primauté du droit conventionnel et l'invocabilité d'éviction, conçue comme droit processuel permettant aux personnes privées d'appeler le juge à lui donner effet dans un contrôle de légalité, n'ont pas lieu de jouer lorsque les normes supposément incompatibles ne régissent pas la même matière et n'ont pas les mêmes destinataires²²⁶⁴.

798. C'est en effet le propre des règles de hiérarchie de ne pouvoir être appliquées qu'une fois établie l'identité de champ d'application des normes primaires sur lesquelles elles portent, qui permet la survenance du conflit normatif (1). Cette limite à l'utilité du principe de primauté revêt une importance particulière lorsqu'une norme conventionnelle est invoquée devant le juge, dans la mesure où le champ d'application matériel des règles internationales diffère souvent de celui des règles internes (2). Le champ d'application constitue enfin une limite aux effets du jugement d'inconventionnalité, dès lors que le domaine de l'irrégularité de la règle interne est circonscrit à celui régi par les prescriptions portées par la règle conventionnelle contrariée (3).

1) Identification du principe

799. La superposition des champs d'application des normes conventionnelle et interne conditionne l'existence du conflit de normes et, par voie de conséquence, l'application de la règle secondaire de hiérarchie attribuant à la première sa primauté. Marie Gautier et Fabrice Melleray remarquent en ce sens que « *la primauté n'est au fond qu'une norme, dont l'application est de ce fait (comme n'importe quelle norme) définie par son domaine de validité matérielle* ». Mais appréhender le champ d'application de cette norme secondaire s'avère un exercice délicat, il « *n'est pas défini directement ; il est défini indirectement par le*

²²⁶⁴ Jean-Claude GAUTRON observait, à propos du droit de l'Union, que « *la primauté, analysée comme une règle de conflit de normes, ne peut se réaliser que dans les hypothèses de superposition des champs d'application des normes nationales et des normes communautaires en l'absence desquelles elle n'aurait pas lieu de jouer* », (« Rapport de synthèse », *Rev. Aff. Eur.*, 2003, pp. 111-115 (114)). Cette observation est pleinement applicable au droit conventionnel international.

champ d'application de la norme à laquelle il s'applique »²²⁶⁵. C'est le propre de toute règle secondaire : leur mise en application présuppose logiquement l'applicabilité des normes primaires dont elle organise les conditions d'existence. Appliqué aux règles qui nous intéressent, ce principe signifie que l'acte juridique interne contesté par un justiciable doit entrer dans le champ d'application d'une règle conventionnelle, pour que la primauté de la seconde puisse causer l'inapplication ou l'abrogation de la première. Le Conseil constitutionnel l'a bien établi dans la décision *IVG*, « *la supériorité des traités sur les lois, [...] présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, [...] à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité* »²²⁶⁶. Le Conseil d'État a par exemple jugé que les sociétés Natixis et Crédit agricole « *ne peuvent utilement se prévaloir, à l'appui de leur contestation de la régularité de l'enquête de l'Autorité des marchés financiers, d'une méconnaissance des stipulations de l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 § 3 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, [...] dès lors que ces stipulations ne sont pas applicables à la procédure d'enquête administrative* »²²⁶⁷. Le droit de se taire qui est attribué aux personnes privées par ces stipulations conventionnelles vise à prohiber « *l'auto-incrimination* »²²⁶⁸ dans le cadre des procédures pénales, de sorte qu'une procédure administrative initiée par l'Autorité des marchés financiers n'entre pas dans son champ d'application matériel. Par conséquent, le droit applicable à ce type de procédure ne peut pas violer les obligations conventionnelles que les articles 6, paragraphe 3 de la CEDH et 14, paragraphe 3 du PIDCP imposent à la France.

800. L'invocabilité d'éviction, fondée sur la primauté du droit conventionnel, voit donc son efficacité subordonnée à la superposition de son champ d'application sur celui de la norme interne contestée, dans la mesure où cette superposition conditionne l'existence même du conflit. En cela, l'application d'une règle de hiérarchie, de la primauté, doit être conçue comme « *la phase finale du raisonnement* »²²⁶⁹ qui suit l'établissement de l'identité de champ

²²⁶⁵ Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « Le champ d'application matériel, limite du droit communautaire - Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2003, pp. 27-36 (28).

²²⁶⁶ CC, 15 janvier 1975, *IVG*, n°74-54, *Rec. CC*, p. 19. La seconde propriété du droit conventionnel qui rend contingente et relative la supériorité du droit conventionnel est spécifique à cette source puisqu'elle tient « *à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité* ».

²²⁶⁷ CE, 12 juin 2013, *Société Natixis et Crédit agricole*, n°349185, inédit.

²²⁶⁸ Cour EDH, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen contre Allemagne*, req. n°22978/05, § 100.

²²⁶⁹ Jean-Sylvestre BERGE, « Le droit national, international et européen et la question des rapports entre les différentes hiérarchies des normes », *préc.*, p. 17.

d'application matériel, personnel et temporel des normes en conflit. Il existe une chronologie du raisonnement juridictionnel : le juge appelé à résoudre un conflit de normes s'attache en un premier temps à établir l'identité de leur champ d'application, pour ensuite, et seulement si la superposition est constatée, donner effet à la règle de primauté et laisser inappliquée ou invalider la norme antinomique de rang inférieur²²⁷⁰. La vérification de l'identité du champ d'application de règles dont un justiciable allègue l'incompatibilité permet donc au juge de n'examiner qu'en dernier recours le rapport entre deux normes sous l'angle conflictuel. Hélène Gaudin explique en ce sens que « *le champ d'application serait alors une notion d'évitement des conflits de normes, la primauté ne devant jouer que dans les cas où les conflits seraient inévitables. [...] Elle serait en quelque sorte un produit de luxe que l'on utiliserait contraint et forcé* »²²⁷¹. Le champ d'application d'une norme extranationale doit donc être délimité avec prudence dans la mesure où son étendue influe directement sur les probabilités de conflit avec le droit interne²²⁷². Et l'approche non conflictuelle des rapports entre normes d'origines interne et internationale reste favorisée par leur complémentarité matérielle.

2) Application du principe aux relations entre normes conventionnelle et interne

801. Les droits interne et conventionnel s'inscrivent moins souvent dans un rapport de concurrence nécessitant de donner effet au principe de primauté, que dans un rapport non

²²⁷⁰ Cette chronologie du raisonnement juridictionnel est étayée par Hélène Gaudin qui reconnaît que « *certes [...] le principe de primauté serait indissociable de l'ordre juridique communautaire. Mais le champ d'application vient avant. Déterminant l'applicabilité de la norme communautaire, il permet soit d'éviter le conflit en déniait tout rattachement à la Communauté, soit de contribuer à sa résolution en prévoyant l'applicabilité du droit communautaire* », (Hélène GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application du droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2003, pp. 7-20 (17)).

²²⁷¹ Hélène GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application du droit communautaire », préc., pp. 17-18.

²²⁷² La jurisprudence relative à la délimitation du champ d'application de l'article 21 TFUE a par exemple mis en évidence la difficulté de donner effet à la primauté du droit de l'Union européenne contre des règles nationales régissant une situation purement interne : CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, préc. ; CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, C-434/09 ; CJUE, Gde chbre, 15 novembre 2011, *Murat Dereci e.a. contre Bundesministerium für inneres*, C-256/10 ; V. Daniel DITTERT, « Les droits des citoyens de l'Union : vers un statut détaché de tout élément transfrontalier ? », *Rev. aff. eur.*, 2011, pp. 223-229 ; Joël CAVALLINI, « Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes », *J.C.P. S.*, 26 juillet 2011, 1363, pp. 18-20 ; Sébastien PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci : de la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *R.T.D. eur.*, 2012, pp. 23-52.

conflictuel de complémentarité. Le droit des brevets et de l'état de personnes applicables dans l'espace juridique européen fournissent de bonnes illustrations de la prédominance de cette logique de complémentarité.

802. Dans l'espace juridique européen, le brevet de protection intellectuelle est une institution juridique régulée par le droit international, le droit de l'Union européenne et les droits nationaux. Une telle situation de chevauchement de règles d'origines distinctes portant sur le même objet, la protection de la création intellectuelle, laisse intuitivement craindre l'existence d'antinomies normatives. Concrètement, l'auteur d'une invention désireux d'en obtenir une protection juridique peut le faire en s'appuyant sur divers instruments juridiques, provenant d'ordres juridiques distincts. Le droit international des brevets est constitué de la Convention sur le brevet européen²²⁷³, de l'ADPIC²²⁷⁴ et de différentes conventions sectorielles spécialisées dans la protection de certaines inventions²²⁷⁵. En droit de l'Union européenne, un brevet unitaire européen a également été instauré par le règlement n°1257/2012²²⁷⁶. Enfin, en droit français, l'Institut national de la propriété intellectuelle délivre les brevets d'invention qui attribuent le droit exclusif d'exploitation à l'auteur d'une invention²²⁷⁷.

803. Bien qu'ils portent sur la même institution juridique, le brevet, ces trois régimes de protection intellectuelle n'ont pas vocation à entrer en conflit. Dans le cadre du système de la

²²⁷³ Convention sur la délivrance de brevet européen, 5 octobre 1973, disponible sur http://www.wipo.int/wipolex/fr/other_treaties/text.jsp?file_id=181071. 38 États européens, dont les 27 États membres de l'Union, sont parties à l'OEB.

²²⁷⁴ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), préc.

²²⁷⁵ En matière d'invention musicale, on pense notamment à la Convention de ROME, et au WPPT ; Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html ; Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, approuvés au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000, *JOUE*, L 89, p. 6.

²²⁷⁶ Règlement (UE) n°1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, *JOUE*, L 361, 31 décembre 2012, pp. 1-8 ; Règlement (UE) n° 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, en ce qui concerne les modalités applicables en matière de traduction, *JOUE*, L 361, 31 décembre 2012, p. 89-92.

²²⁷⁷ Article L 611 du Code de la propriété intellectuelle.

Convention des brevets européens²²⁷⁸, l'office européen des brevets délivre des brevets européens, se décomposant en faisceaux de brevets nationaux. Ce droit international des brevets ne peut entrer en conflit avec les droits nationaux des brevets, dès lors que son fonctionnement repose sur les titres de propriété intellectuelle nationaux. Quant au brevet unitaire de l'Union, il ne se substitue pas aux droits national et international des brevets, il s'ajoute à eux²²⁷⁹. Le régime de protection garanti par le brevet à effet unitaire est calqué sur celui offert par un brevet national délivré par l'un des États membres participant à la coopération renforcée²²⁸⁰. Il se donne simplement pour objet d'élargir le champ d'application territorial de cette protection. Jacques Raynard remarque à ce propos que « *le régime du brevet européen à effet unitaire prend le vecteur d'un brevet national, obtenu auprès de l'Office européen des brevets, auquel le règlement procure une application extraterritoriale pour les États membres participants.[...] Le brevet européen à effet unitaire sera donc un brevet français (pour l'entreprise française), allemand ou britannique, à effet extraterritorial pour le territoire des États membres participants. L'unité ne tient pas au régime du titre, mais à l'extraterritorialité du régime national de droit de brevet du pays du domicile du déposant* »²²⁸¹. Le droit unionnaire des brevets apparaît donc complémentaire au regard des droits nationaux des brevets, dans la mesure où son champ d'application spatial est distinct des brevets nationaux, car de plus grande étendue, et où il ne porte pas d'antinomie car s'ancre substantiellement en ceux-ci.

804. L'inventeur détient le choix de recourir à l'un, à l'autre, ou à chacun de ces mécanismes de protection de la propriété intellectuelle. Ce choix détermine le champ d'application spatial du régime de protection intellectuelle. Partant de ce constat, Jean-Sylvestre Bergé tempère les incidences des règles de hiérarchie : « *les constructions du droit international et européen priment sur la loi interne, alors que ces mêmes constructions ne*

²²⁷⁸ Convention de Munich sur le brevet européen auquel 38 États sont aujourd'hui parties, 5 octobre 1973, <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epcontre1973/f/ma1.html>.

²²⁷⁹ Emmanuel PY observe en ce sens que « *le Règlement (UE) n°1257/2012 du 17 décembre 2012 est l'instrument générateur de l'effet unitaire du brevet dont on rappelle qu'il constitue une voie alternative de protection et n'a pas vocation à se substituer aux brevets européens classiques ni, a fortiori, aux brevets nationaux* », (« Un an de droit des brevets », *PI*, 2013, pp. 27-35 (29)).

²²⁸⁰ L'article 7, § 1 du règlement 1257/2012 sur le brevet unitaire dispose ainsi qu'« *en tant qu'objet de propriété, le brevet européen à effet unitaire est assimilé dans son intégralité et dans tous les États membres participants à un brevet national de l'État membre participant dans lequel ce brevet a un effet unitaire et où, conformément au registre européen des brevets : a) le demandeur avait son domicile ou son principal établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen ; ou b) lorsque le point a) ne s'applique pas, le demandeur avait un établissement à la date du dépôt de la demande de brevet européen* ».

²²⁸¹ Jacques RAYNARD, « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D.*, 2013, pp. 1374-1384 (1376).

portent pas nécessairement sur le même objet, le juriste fabrique artificiellement des rapports de hiérarchie qui n'ont pas lieu d'être du point de vue matériel »²²⁸². En dépit de l'identité d'objet des normes nationales, unionnaires et internationales applicables en matière de droit des brevets, la variété de leur champ d'application territorial et la coordination de leur substance dissipent en effet les risques de conflit normatif.

805. Le droit applicable au choix du patronyme fournit une autre illustration du caractère résiduel de la superposition des champs d'application des normes nationales et extranationales portant sur le même objet. Le principe commun aux droits nationaux de l'espace juridique européen, formalisé en droit international par la Convention de Munich, veut que le droit applicable en la matière soit la loi de l'État dont la personne a la nationalité²²⁸³. Seule l'existence d'un élément d'extranéité – constitué par la double nationalité²²⁸⁴ ou la résidence à l'étranger d'un citoyen de l'Union européenne²²⁸⁵ – permet de dégager l'applicabilité des règles de conflit de loi dégagées par la juridiction de l'Union en la matière²²⁸⁶. Il permet au citoyen européen de choisir la loi de son État de séjour habituel s'il n'en a pas la nationalité, ou, s'il est binational, le droit de l'État dont il est national mais dans lequel il ne séjourne pas habituellement. Autrement dit, le droit de l'Union européenne crée une *lex specialis* en matière de droit applicable à l'attribution du nom patronymique. Et ce n'est que dans les hypothèses ponctuelles où l'individu peut justifier de l'extranéité de sa situation qu'un conflit peut être constaté entre les règles nationales et unionnaires régissant le droit applicable en matière de détermination du nom patronymique.

806. La ponctualité de l'insertion d'une situation juridique individuelle dans le champ d'application de deux règles concurrentes, nationales et extranationales, réduit les hypothèses de recours au principe de primauté, en qualité mode de résolution des antinomies normatives. Il s'agit d'ailleurs de la principale digue dressée en jurisprudence contre l'applicabilité du

²²⁸² Jean-Sylvestre BERGE, « Le droit national, international et européen et la question des rapports entre les différentes hiérarchies des normes », préc., p. 18.

²²⁸³ L'article 1^{er} stipule que « les noms et prénoms d'une personne sont déterminés par la loi de l'État dont elle est ressortissante. A ce seul effet, les situations dont dépendent les noms et prénoms sont appréciées selon la loi de cet État » : Convention de Munich sur la loi applicable aux noms et aux prénoms, signée le 5 septembre 1980, convention CIEC n°19, disponible à l'adresse qui suit : <http://www.ciec1.org/Conventions/Conv19.pdf>.

²²⁸⁴ CJCE, ass. plén., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia-Avello contre État belge*, C-148/02, *Rec.* p. I-11613. Plus précisément, la perspective pour les enfants, de double nationalité espagnole et belge et nés en Belgique de se déplacer hors du pays de leur naissance, et d'exercer une activité en Espagne constituait l'élément d'extranéité.

²²⁸⁵ CJCE, Gde chbre, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, C-353/06, *Rec.* p. I-7639. En l'occurrence, l'enfant Grunkin, né de père allemand et de mère danoise au Danemark, se voit appliqué par les autorités administratives le droit du nom patronymique allemand en vertu de sa nationalité allemande.

²²⁸⁶ François BOULANGER, « Le nom de l'enfant, prérogative individuelle dans un contexte international », *D.*, 2008, pp. 845-847.

principe de primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux des États membres²²⁸⁷.

3) L'invalidité du droit interne limitée au cadre du champ d'application de la règle conventionnelle violée

807. L'inconventionnalité des lois françaises et de l'Union a pour conséquence leur inapplication et l'inconventionnalité des actes administratifs emporte leur abrogation²²⁸⁸. Mais ce n'est que dans le champ d'application de la prescription internationale que ces jugements d'inconventionnalité produisent leurs effets.

808. En témoigne l'arrêt de la Cour de cassation par lequel l'assemblée plénière a jugé l'article L 512-2 du Code de la sécurité sociale²²⁸⁹ contraire à l'article 3, § 1 de la décision 3/80 adoptée par le Conseil d'association CEE-Turquie²²⁹⁰ et à l'article 68, § 1 de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre l'Union européenne et l'Algérie²²⁹¹. La subordination de l'octroi de prestations familiales à la délivrance du certificat médical de l'enfant est en effet jugée contraire à l'égalité de traitement entre ressortissants des États membres de l'Union européenne et ressortissants turcs prescrite par cet accord mixte. S'appuyant sur les jurisprudences *Sürül*²²⁹² et *El Youssfi*²²⁹³ de la Cour de justice, la Cour de Cassation juge que « l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité dans le

²²⁸⁷ Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « Le champ d'application matériel, limite du droit communautaire - Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », préc., p. 28.

²²⁸⁸ Pour une présentation des conséquences de l'inconventionnalité des actes internes, V. *supra*, cette Section, § 2.

²²⁸⁹ Loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *JORF*, n°139, 17 juin 2011, p. 10290.

²²⁹⁰ Cet article dispose que « les personnes qui résident sur le territoire de l'un des États membres et auxquelles les dispositions de la présente décision sont applicables sont soumises aux obligations et admises au bénéfice de la législation de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci » : Décision n°3/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, *JOCE*, C 110, 25 avril 1983, p. 60.

²²⁹¹ Cet article dispose que « les travailleurs de nationalité algérienne et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés » : Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République algérienne démocratique et populaire, d'autre part, publié par la Décision du Conseil 2005/690/CE, du 18 juillet 2005, *JOCE*, L 265, 10 octobre 2005, p. 1.

²²⁹² CJCE, 4 mai 1999, *Sema Sürül contre Bundesanstalt für Arbeit*, C-262/96, *Rec.* p. I-2743.

²²⁹³ CJCE, (ord.), 17 avril 2007, *El Youssfi*, C-276/06, *Rec.* p. I-2851.

domaine d'application de cette décision implique qu'un ressortissant turc visé par cette dernière soit traité de la même manière que les nationaux de l'État membre d'accueil, de sorte que la législation de cet État membre ne saurait soumettre l'octroi d'un droit à un tel ressortissant [turc/algérien] à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants »²²⁹⁴. La production d'un certificat médical n'étant pas exigée des enfants français pour le versement de prestations familiales, l'article L 512-2 est donc inconstitutionnel en ce qu'il établit une discrimination entre ressortissants français et turcs.

809. Pour autant, le législateur n'est pas appelé à retirer l'exigence d'octroi de certificat médical du Code de la sécurité sociale. Il est seulement appelé à soustraire les ressortissants turcs et algériens, ainsi que les ressortissants de tout État conventionnellement associé à l'Union européenne et à ses États membres, de son champ d'application. La Cour de cassation estime ainsi que, concernant les autres enfants étrangers, « l'exigence d'un certificat médical non imposée aux nationaux est justifiée par une circonstance objective exclusive de toute discrimination et tenant à la nécessité de ne pas permettre l'entrée sur le territoire de l'Union d'enfants qui ne pourraient pas bénéficier d'un accueil sanitaire et social suffisant »²²⁹⁵. Autrement dit, la primauté du droit conventionnel sur le droit interne n'implique la révision de la loi violant l'obligation internationale que dans les strictes limites du champ d'application personnel des stipulations des accords d'association.

810. Dans l'hypothèse où serait admise une invocabilité d'éviction des accords internationaux, il convient donc de préciser que les frontières de leur champ d'application limiteraient la mesure des amendements du droit interne susceptibles de procéder de la diffusion des jugements d'inconstitutionnalité.

²²⁹⁴ Cass., ass. plén., 5 avril 2013, *Rachid X*, n°11-17.520, *Bull. civ.*, n°2 (accord UE Algérie) ; Cass., ass. plén., 5 avril 2013, *Tékin X*, n°11-18.947 *Bull. civ.*, n°3 (décision 3/80 du Conseil d'association CEE-Turquie).

²²⁹⁵ Cass., ass. plén., 5 avril 2013, *Rachid X*, préc. (accord UE Algérie) ; Cass., ass. plén., 5 avril 2013, *Tékin X*, préc. (décision 3/80 du Conseil d'association CEE-Turquie).

B. La superposition des champs d'application d'une norme interne et de plusieurs normes conventionnelles

811. Le sort réservé à une norme d'origine interne se plaçant dans le champ d'application de deux normes conventionnelles antinomiques mérite d'être précisé. Non hiérarchisé, l'ordre juridique international n'indique pas aux États celles des obligations conventionnelles auxquelles les juridictions internes doivent accorder la prévalence en cas de conflits²²⁹⁶. La Cour de justice et le Conseil d'État peuvent être confrontés à de tels conflits lorsqu'un justiciable allègue qu'un acte d'exécution d'un premier traité serait contraire à un second traité. Deux solutions s'offrent à la Cour de justice et au Conseil d'État dans cette hypothèse. La première consiste à tirer les conséquences du défaut de hiérarchie des normes conventionnelles et à conférer une priorité d'application à celle d'entre elles qui est mise en exécution par l'administration au moyen de l'acte contesté. Elle a les faveurs du Conseil d'État depuis de son arrêt *Kandyrine*²²⁹⁷ (1). La seconde vient modérer la portée du principe dégagée dans l'arrêt *Kandyrine* en précisant que si l'un des deux accords concernés est la Convention européenne des droits de l'Homme ou un engagement international liant l'Union, il prime l'obligation internationale que l'administration a exécuté au moyen de l'acte contesté (2).

1) Le principe de priorité d'application de l'acte au moyen duquel l'administration exécute une obligation conventionnelle

812. Par le passé, la primauté d'un traité a pu être privée d'effet utile lorsque l'acte juridique interne dont l'inconventionnalité était alléguée avait pour objet l'exécution d'une

²²⁹⁶ Jean COMBACAU et Serge SUR observent ainsi que « [l]es normes internationales sont indifférenciées. Leur validité comme leurs effets n'ayant d'autre fondement ultime que la volonté et l'acceptation des États pour qui elles font droit, aucune articulation hiérarchique n'est concevable entre elles suivant le mécanisme du droit interne ; le plus modeste des traités bilatéraux, portant sur l'objet le plus subalterne, est égal en dignité à la grande convention multilatérale porteuse de règles à vocation universelle », (*Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2012, p. 25).

²²⁹⁷ CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, n°303678, *Leb.*, p. 624, com. Marie GAUTIER, « Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop. - À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, M. Kandyrine de Brito Paiva », *D.A.*, juin 2012, pp. 9-13 ; Denis ALLAND, « Le juge interne et les conflits de traités internationaux », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 26-37.

obligation conventionnelle. C'est en tout cas ce qu'avait laissé entendre le Conseil d'État à la faveur de son arrêt d'assemblée *Kandyrine*²²⁹⁸. Un ressortissant portugais contestait la décision administrative par laquelle l'enregistrement de titres d'emprunt russe dont il était porteur lui avait été refusé, au motif qu'il n'était pas la nationalité française²²⁹⁹. Il était reproché à cette décision, prise en application de l'accord conclu le 27 mai 1997 entre la France et la Russie sur l'apurement des créances nées des emprunts russes²³⁰⁰, d'être contraire à l'article 14, combiné à l'article 1^{er}, protocole 1 CEDH. Le Conseil d'État s'est à ce titre considéré saisi d'un conflit opposant deux normes conventionnelles qu'il a refusé de hiérarchiser, et a choisi de résoudre en se livrant à un exercice de conciliation normative. La satisfaction de trois conditions cumulatives a été désignée comme un préalable nécessaire à cette conciliation : la norme de référence doit être invocable, la norme contrôlée doit être inconditionnelle et toutes deux doivent être en vigueur dans l'ordre interne.

813. Denis Alland a estimé que ces conditions préalables n'étaient pas satisfaites, et la conciliation normative conséquemment dispensable, dans la mesure où le Conseil d'État a jugé l'article 1^{er} de l'accord franco-russe dépourvu d'effet direct²³⁰¹. Cette critique n'apparaît pas pleinement convaincante. En effet, une lecture attentive de l'arrêt permet de constater que seul le défaut d'invocabilité de la norme dont le requérant se prévaut s'oppose à l'exercice de la conciliation²³⁰². En revanche, la norme conventionnelle dont était excipée l'inconventionnalité doit seulement porter « *des stipulations inconditionnelles* ». Or, la très haute juridiction administrative a déduit l'absence d'effet direct de l'article 1^{er} de l'accord franco-russe du fait « *qu'il résulte tant de l'objet que des termes des stipulations de l'accord*

²²⁹⁸ CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, préc.

²²⁹⁹ Cette réserve de nationalité se fondait sur l'article 6 du décret du 3 juillet 1998, réservant aux nationaux français le droit de voir leurs créances en « emprunts russes » recensées devant le trésor public : décret n° 98-552 du 3 juillet 1998 fixant les conditions de recensement des personnes titulaires de créances mentionnées à l'article 73 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *JORF*, 3 juillet 1998, p. 10228.

²³⁰⁰ Accord conclu le 27 mai 1997 entre la France et la Russie sur le règlement définitif des créances réciproques financières et réelles apparues antérieurement au 9 mai 1945, ratifié par la loi du 19 décembre 1997, L n°97-1160, 19 décembre 1997, *JORF*, 20 décembre 1997, p. 18453, publié par décret le 6 mai 1998, D. n°98-366, 6 mai 1998, *JORF*, 15 mai 1998, p. 7378.

²³⁰¹ Denis ALLAND se demande « *pourquoi le Conseil d'État crée en l'espèce de toutes pièces le problème que le principe qu'il pose a pour fonction de réduire, sinon d'éliminer tout à fait. En effet, dès lors qu'il a été décidé (à juste titre) au sixième considérant que les stipulations de l'article 1er de l'Accord du 27 mai 1997 "ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers", pourquoi affirmer qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre cet Accord et les stipulations de l'article 14 de la Convention EDH et de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention ?* », (« Le juge interne et les conflits de traités internationaux », préc., p. 37.

²³⁰² Le Conseil d'État juge que « *les stipulations de cet autre traité ou accord* », invoquées par le requérant « *sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui* » : CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, préc.

conclu entre la France et la Russie que ce dernier a entendu apurer un contentieux financier entre ces deux États, le règlement des litiges liés aux créances entre les particuliers et chacun de ces États demeurant exclusivement de la compétence nationale ». Autrement dit, pour reprendre la terminologie de l'arrêt *GISTI et FAPIL* cette stipulation a « pour objet exclusif de régir les relations entre États »²³⁰³. Il n'est pas pour autant conditionnel. Le choix opéré par le Conseil d'État de ne pas attribuer l'effet direct à cette stipulation de l'accord franco-russe était bien fondé, car son objet réside dans la renonciation par les autorités françaises à l'exercice de la protection diplomatique de leurs ressortissants qui revendiquent le remboursement des créances nées de leurs emprunts auprès des autorités russes²³⁰⁴. Mais c'est donc le critère subjectif, – relatif à l'aptitude de la norme conventionnelle à créer un droit subjectif –, et non le critère objectif – relatif à son inconditionnalité –, qui aurait pu s'opposer à l'effet direct de la norme conventionnelle attaquée²³⁰⁵. En outre, le critère objectif ne s'opposait pas *in casu* à cette conciliation, dès lors que la renonciation à la protection diplomatique internationale n'était pas soumise à l'édiction d'un acte interne de concrétisation. Il est bien sûr possible de discuter la pertinence de la subordination de la conciliation normative à l'inconditionnalité de la norme contrôlée. Cette exigence ne se justifie guère lorsque le juge est appelé à concilier des normes, ou à interpréter une règle conventionnelle à la lumière de son environnement juridique constitutionnel et conventionnel.²³⁰⁶ Malgré l'insatisfaction de cette condition

²³⁰³ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

²³⁰⁴ L'article 1^{er} de l'accord franco-russe dispose *in extenso* que « La partie française, en son nom ou au nom de personnes physiques et morales françaises, ne présente pas à la partie russe ni ne soutient d'une autre manière les créances financières et réelles, quelles qu'elles soient, apparues antérieurement au 9 mai 1945, notamment : A. - Les revendications relatives à tous emprunts et obligations émis ou garantis avant le 7 novembre 1917 par le Gouvernement de l'Empire de Russie ou par des autorités qui administraient une partie quelconque de l'Empire de Russie, et appartenant au Gouvernement de la République française ou à des personnes physiques ou morales françaises ; B. - Les revendications portant sur des intérêts et actifs situés sur le territoire administré par le Gouvernement de l'Empire de Russie, par les Gouvernements qui lui ont succédé, par le Gouvernement de la République socialiste fédérative soviétique de Russie et par le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, dont le Gouvernement de la République française et des personnes physiques et morales françaises ont été privés de la propriété ou de la possession ; C. - Les revendications relatives aux dettes à l'égard du Gouvernement de la République française ou de personnes physiques et morales françaises », nous soulignons.

²³⁰⁵ La Cour de cassation a également écarté l'effet direct de l'accord franco-russe en jugeant qu' « il résulte tant de son objet que des termes de ses stipulations que l'accord [...] sur le règlement des créances réciproques financières et réelles apparues antérieurement au 9 mai 1945, a entendu apurer un contentieux financier entre ces deux États, le règlement des litiges liés aux créances entre les particuliers et chacun de ces États demeurant exclusivement de la compétence nationale » : Cass. 3^{ème} civ., 10 avril 2013, *Tsar Z et Tsar A*, n°11-21947 Bull. civ., n°50.

²³⁰⁶ Cette doctrine a déjà été critiquée dans nos analyses de l'arrêt *Air Transport Association of America*. La Cour de justice soumet de manière comparable le contrôle de compatibilité du droit dérivé de l'Union au droit coutumier, à l'effet direct du premier. On peine à comprendre l'utilité de soumettre l'exercice du contrôle de

d'application des principes de conciliation dégagés lors de *Kandyrine*, le Conseil d'État a précisé les contours de ce mode de résolution pacifique des conflits de normes.

814. Dans l'hypothèse où les trois conditions préalables sont satisfaites, il lui appartient en effet, conformément à la jurisprudence *Zaïdi*²³⁰⁷, de se fonder sur « *les principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales* », pour déterminer « *les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation* »²³⁰⁸. Il appartient donc à la très haute juridiction administrative de dégager, dans la mesure du possible, une interprétation des règles conventionnelles qui soit susceptible d'éviter le conflit normatif. En outre, l'assemblée du contentieux a adjoint à cet office de conciliation des normes conventionnelles une teinte constitutionnelle, en jugeant opportun d'interpréter lesdites normes « *au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public* ». Cet appel à la source constitutionnelle constitue une garantie offerte par le Conseil d'État de favoriser l'applicabilité des règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en cas d'antinomie interconventionnelle, dans la mesure où celles-ci ont pour la plupart un équivalent normatif dans la Constitution française. Marie Gautier assimile cet office interprétatif à celui développé lors de l'arrêt *Koné* qui « *ressemble fort à l'idée que si l'une des deux conventions est contraire à la Constitution, il conviendrait de l'écarter au profit de l'autre* »²³⁰⁹. Au-delà, la violation, par les règles conventionnelles en conflit, de règles ou de principes à valeur constitutionnelles et de principes d'ordre public²³¹⁰ peut justifier qu'elles « *doivent dans le cas d'espèce être écartées* »²³¹¹. Curieuse hypothèse en

légalité (*Air Transport Association of America*) et de l'interprétation-conciliation (*Kandyrine*), à l'affectation de la situation juridique du requérant.

²³⁰⁷ CE, 21 avril 2000, *Zaïdi*, n°206902, *Leb.* p. 159.

²³⁰⁸ CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, préc.

²³⁰⁹ Marie GAUTIER, « Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop. - À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, M. *Kandyrine de Brito Paiva* », préc., p. 11.

²³¹⁰ Notons ici que la subordination de l'applicabilité de la règle conventionnelle au respect de l'ordre public n'était pas consacrée dans l'arrêt *Koné*. Cet appel aux principes du droit international privé n'est pas sans susciter un quelques réserves lorsqu'est en cause un acte conventionnel. Denis ALLAND observe à ce propos que cet « *“ordre public”, de nature à primer sur les engagements internationaux, [...] a peut-être été ajouté pour des cas du type des répudiations marocaines ? Était-il indispensable d'ajouter ce nouvel outil de neutralisation des traités à la panoplie dont le juge s'était déjà pourvu ? Le jeu de l'ordre public, parfaitement compréhensible quand il s'agit de s'opposer à l'application d'une loi étrangère, prend une autre dimension quand il s'agit d'un acte à l'élaboration duquel l'État du for a lui-même contribué. Ainsi lorsque l'État français s'engage internationalement, il le fait sous réserve d'un ordre public supposé connu des autorités en charge de la conduite des relations internationales. C'est bien cette conduite même que le juge contrôlera ici* », (« Le juge interne et les conflits de traités internationaux », préc., p. 36.

²³¹¹ CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, préc.

vérité dans laquelle, saisi d'un conflit de normes conventionnelles, le Conseil d'État en arrive « au bout du compte à n'appliquer aucun des traités en cause ! »²³¹².

815. Mais ces méthodes d'harmonisation normative restent inopérantes lorsque le juge est appelé à résoudre un conflit insoluble au moyen de l'« *interprétation-conciliation* »²³¹³. Sommé de se prononcer sur les modes de résolution de cette source atypique d'antinomie normative, le Conseil d'État dégage un principe s'inscrivant en apparence dans le sillon des analyses intersubjectivistes du droit international²³¹⁴ : « *il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée* »²³¹⁵.

816. Ce faisant, le Conseil d'État a refusé de hiérarchiser les différentes règles conventionnelles dans l'ordre juridique interne²³¹⁶. Par conséquent, il se juge incompétent pour résoudre les conflits de normes conventionnelles irréductibles au moyen de l'interprétation-conciliation. L'acte interne au moyen duquel l'administration a exécuté une obligation dérivant d'un premier accord international ne peut voir sa validité examinée à l'aune d'un second accord international. Un décret entrant dans le champ d'application d'une Convention bilatérale et de la Convention européenne des droits de l'homme, mais au moyen duquel l'administration entend mettre en œuvre la première, ne pourrait alors en théorie pas voir sa contrariété à la seconde sanctionnée. En cela, l'insertion d'une norme interne dans les champs d'application de deux normes conventionnelles prive d'effet la primauté de celle d'entre elles que l'administration a choisi d'écarter²³¹⁷. Cette solution revient à investir en

²³¹² Denis ALLAND, « Le juge interne et les conflits de traités internationaux », préc., p. 36).

²³¹³ L'expression est empruntée à Marie GAUTIER, (« Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop. - À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, M. Kandyrine de Brito Paiva », préc., p. 11).

²³¹⁴ Charles ROUSSEAU dessinait ainsi la structure horizontale de l'ordre international : « *l'accord des sujets de droit y est la seule source de droit et les normes qui résultent de cet accord de volonté sont d'égale valeur juridique* », (« De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *R.G.D.I.P.*, 1932, pp. 139-192 (150-151)). Cité par Marie GAUTIER en sa note sous l'arrêt ici analysé, (« Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop. - À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, M. Kandyrine de Brito Paiva », préc., p. 12).

²³¹⁵ CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, préc.

²³¹⁶ Il est à noter que le sort réservé aux normes nées de « *l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne* » n'a pas été définie dans l'arrêt *Kandyrine*.

²³¹⁷ Un tel choix peut s'avérer problématique dans la mesure où si le Conseil d'État avait jugé l'accord franco-russe contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, il aurait dû laisser inappliquée celle-ci car l'acte attaqué exécute l'accord bilatéral. Une telle situation aurait été problématique dès lors que la Cour EDH a jugé que l'obligation pesant sur un État de respecter les prescriptions nées d'un accord bilatéral ne le soustrait

dernier instance l'autorité exécutive du pouvoir de désigner la règle conventionnelle applicable dans l'ordre juridique français, dans la mesure où le juge sera tenu de donner effet à la norme internationale qu'elle a choisie de mettre en application. En pratique, le Conseil d'État semble toutefois éprouver quelques difficultés à suivre les lignes de conduite qu'il s'est donné dans l'arrêt *Kandyrine*.

2) Relativisations du principe de priorité d'application de l'acte au moyen duquel l'administration exécute une obligation conventionnelle

817. L'immunité offerte aux actes d'exécution du droit conventionnel peut être analysée comme une insidieuse réminiscence de la théorie de l'acte de gouvernement²³¹⁸. Appliquée avec une rigueur excessive, cette immunité aurait pu s'avérer problématique quand l'incompatibilité entre deux accords purement étatiques est alléguée (a), mais également lorsqu'un conflit entre droit conventionnel et droit de l'Union européenne survient (b). Si bien que le Conseil d'État a relativisé les termes de cette immunité en ces deux hypothèses.

a) Cas du conflit entre un acte d'exécution d'un accord purement français et la Convention européenne des droits de l'Homme

818. Un acte d'exécution d'un accord international est susceptible de léser les droits fondamentaux conventionnels de son destinataire. Une application rigide de la jurisprudence *Kandyrine* – par laquelle le Conseil d'État aurait récusé sa compétence pour contrôler un acte par lequel l'administration met en œuvre une obligation conventionnelle – aurait pu priver dans cette hypothèse la victime du droit d'obtenir la sanction juridictionnelle de ce préjudice.

pas à son obligation, concurrente, de se conformer aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme : Cour EDH, Gde chbre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa e.a. contre Italie*, n°27765/09. En l'espèce, les actes internes adoptés en exécution d'un accord bilatéral conclu en 2009 entre l'Italie et la Lybie, permettant l'interception de boat peuples en haute Mer et leur renvoi dans leur pays d'origine entrainé en conflit avec les exigences de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²³¹⁸ Sans procéder à une telle assimilation, Marie GAUTIER convient tout de même que « l'idée de retenir celle des deux conventions que l'Administration a choisi d'appliquer n'est pas si différente en termes de limitation de l'office du juge », (« Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop. - À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, M. Kandyrine de Brito Paiva », préc., p. 13).

Carlo Santulli s'est référé à l'exemple du « décret d'extradition (qui entend bien évidemment "se placer dans le champ" de l'accord d'extradition applicable) pour mesurer comment une telle directive remettrait en cause la jurisprudence péniblement élaborée afin d'éviter les extraditions qui conduiraient à violer la Convention européenne des droits de l'homme, le pacte sur les droits civils et politiques, la Convention contre la torture, etc., puisque "le moyen tiré de son incompatibilité avec" ces textes devrait alors être "écarté", "sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne" »²³¹⁹.

819. La solution *Kandyrine* a cependant rapidement été vidée de son venin par le Conseil d'État. La haute juridiction administrative a ainsi examiné, dix mois après cet arrêt d'assemblée, la conformité d'un décret d'extradition – adopté par l'administration pour mettre en application la Convention bilatérale d'extradition franco-algérienne²³²⁰ – à la Convention européenne des droits de l'Homme²³²¹. Cette relativisation du principe de l'application prioritaire de l'acte au moyen duquel l'administration a mis en œuvre une prescription conventionnelle apparaît salvatrice. Le Conseil d'État pourrait même se fonder sur le principe dégagé dans l'arrêt *Kandyrine*, selon lequel il est compétent pour écarter l'application d'un acte d'exécution d'une prescription conventionnelle susceptible de contrevenir à des « règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public »²³²², pour connaître de la légalité du décret d'extradition susceptible de mettre en danger la santé ou la vie du requérant. Une solution conforme aux principes dégagés dans l'arrêt *Kandyrine* permettrait de cette façon à la France d'échapper à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le terrain de la jurisprudence *Hirsi Jamaa*, qui veut que l'exécution d'une Convention bilatérale par un État partie ne le soustrait pas à son obligation de se conformer aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme²³²³. Par ailleurs, le Conseil d'État n'a, à juste titre, pas soumis le droit de l'Union européenne aux principes dégagés lors de l'arrêt *Kandyrine*.

²³¹⁹ Carlo SANTULLI, « Chronique de droit administratif et droit international (année 2012) », préc., p. 421.

²³²⁰ Convention entre la France et l'Algérie, relative à l'exequatur et à l'extradition, signée le 27 août 1964, publié par le décret n°65-679 du 11 août 1965, *JORF*, n°68, p. 733.

²³²¹ Dans le cadre de l'examen de la légalité interne dudit décret, le Conseil d'État juge qu'« il ne ressort pas des pièces versées au dossier que l'extradition de M. B l'exposerait à des risques exceptionnels pour son état de santé eu égard aux pathologies dont il souffre ; que, par suite, le moyen tiré de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peut qu'être écarté » : CE, 17 octobre 2012, *Zinedine B.*, n°358538, inédit.

²³²² CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, préc.

²³²³ Cour EDH, Gde chbre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa e.a. contre Italie*, préc.

b) Cas du conflit entre un acte d'exécution du droit dérivé de l'Union européenne et un accord international liant ou non l'Union européenne

820. L'inflation normative du droit de l'Union européenne et la multiplication des matières qu'il régit renforcent constamment la nécessité du contrôle de conformité des actes lui donnant exécution aux droits fondamentaux conventionnels garantis notamment par la Convention européenne des droits de l'Homme²³²⁴. En outre, la Cour de justice subordonne la validité du droit dérivé au respect aux accords internationaux liant l'Union européenne²³²⁵. De sorte que les juridictions des États membres doivent contrôler la compatibilité des obligations dérivant de ces deux sources²³²⁶. L'arrêt *Société air Algérie*²³²⁷ a pris en considération cet impératif. Le Conseil d'État a en effet examiné la conformité d'un acte d'exécution du droit unionaire à certaines stipulations conventionnelles liant ou non l'Union européenne. Le Conseil d'État contrôle ainsi la conformité de la directive 2008/101 relative aux quotas d'émission de gaz à effets de serre²³²⁸, transposée par le décret attaqué²³²⁹ à la Convention de Chicago et à la Convention franco-algérienne de 2006, auxquelles l'Union n'est pas partie, ainsi qu'au protocole de Kyoto et à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, qui lient pour leur part l'Union. Cette solution ne se fonde pas parfaitement dans les exigences de la jurisprudence de la Cour de justice. Il apparaît ici nécessaire de distinguer le régime des accords auxquels l'Union est tiers (ii) de ceux auxquels elle est partie (i). En effet, la Cour de justice conditionne la validité du droit dérivé de l'Union

²³²⁴ Les jurisprudences *M.S.S.* et *Michaud* fournissent des exemples du constant retard du système juridictionnel unionaire de protection des droits fondamentaux sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : Cour EDH, Gde chbre, 21 janvier 2011, *M.S.S. contre Belgique et Grèce*, préc. ; Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud contre France*, req. n°12323/11.

²³²⁵ La validité du droit dérivé en effet soumise au respect des accords internationaux liant l'Union : CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, préc., pt. 37 ; CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, préc., pt. 15 ; CJCE, 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, préc., pt. 25 ; CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, préc., pt. 42 ; CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, préc., pt. 307.

²³²⁶ Dans l'hypothèse, où la juridiction interne a un doute sur la compatibilité d'une norme de droit dérivé à un accord international, elle est tenue d'opérer un renvoi préjudiciel en appréciation de validité à la Cour de justice.

²³²⁷ CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, préc.

²³²⁸ Directive (CE) n°2008/101, 19 novembre 2008, directive modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, préc.

²³²⁹ Décret n°2011-90 du 24 janvier 2011 portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

à sa conformité aux seconds, alors qu'elle s'oppose à ce que sa non-conformité avec les premiers emporte son invalidité.

i) Droit conventionnel liant l'Union et droit de l'Union européenne

821. La Cour de justice considère que la conformité du droit dérivé aux accords liant l'Union constitue une condition de sa validité. En ouvrant la possibilité d'un contrôle de conformité du décret de transposition de la directive quota à la Convention des Nations-Unies sur le changement climatique et au protocole de Kyoto dans l'arrêt *Société Air Algérie*²³³⁰, le Conseil d'État se conforme aux principes dégagés par la Cour en matière d'articulation des normes conventionnelles internationales et de droit dérivé. Le Conseil d'État admet en effet ces deux actes conventionnels au rang de paramètres de la légalité du droit de l'Union. Le contrôle de conventionnalité n'est toutefois pas exercé *in casu* en raison du défaut d'effet direct de ces deux instruments internationaux précédemment dégagé par la Cour de justice à la faveur de l'arrêt *Air Transport Association of America*²³³¹.

ii) Droit conventionnel ne liant pas l'Union et droit de l'Union européenne

822. Concernant les accords auxquels l'Union est tiers et antérieurs à 1957, l'article 351, alinéa 2 dispose que « [d]ans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec les traités, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées ». Jean-Victor Louis a observé que cette disposition exprime le devoir de loyauté imposant aux États membres, au titre de l'article 4, paragraphe 3 du TUE, d'exécuter le droit de l'Union et de s'abstenir d'entreprendre toute action susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union²³³². Toutefois, lorsque sont en cause

²³³⁰ Bien qu'il admette le principe d'un tel contrôle, le Conseil d'État ne l'exerce pas en l'espèce, en raison du défaut d'effet direct des deux engagements sont dépourvus d'effet direct.

²³³¹ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc.

²³³² Jean-Victor LOUIS, « Les accords antérieurs conclus par les États membres et le droit communautaire » in Jean-Victor LOUIS et Marianne DONY (dir.), *Le droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne : commentaire Jacques Mégret, n°12, Relations extérieures, op. cit.*, pp. 201-211 (202-203) ; Eleftheria NEFRAMI,

des accords antérieurs à 1957, « les normes internationales ne sauraient être écartées au profit des normes communautaires, vu la dérogation au principe de primauté issue du premier alinéa de l'article 307 CE [actuel article 351 du TFUE] »²³³³. Si l'article 351, alinéa 2 appelle les États membres à renégocier ou, en dernier recours, à dénoncer les accords les liant incompatibles avec le droit de l'Union²³³⁴, il n'oblige pas les juridictions étatiques à laisser inappliquées ces normes internationales, tant que celles-ci ne sont pas contraires au droit primaire de l'Union²³³⁵. Le droit de l'Union européenne ne s'oppose donc pas à ce que le Conseil d'État opère un contrôle la conformité de la directive quota à la Convention de Chicago de 1944 dans l'arrêt *Société Air Algérie*.

823. Le principe de coopération loyale impose en revanche l'application prioritaire des prescriptions du droit de l'Union dans les cas de conflit avec un engagement international conclu par un État membre après 1957, ou après son adhésion. Joël Rideau a relevé en ce sens que « [l]es obligations des États membres découlant des Traités (désormais TUE et TFUE) excluent qu'ils puissent les remettre en cause. Un accord conclu par un ou des États membres méconnaissant ces obligations pourrait donner lieu à une constatation de manquement »²³³⁶. Le Conseil d'État s'écarte donc des principes de résolution de conflit de normes dégagés par la Cour de justice en contrôlant la conformité de la directive quota à l'accord franco-algérien de 2006.

824. En vertu de la jurisprudence *Kandyrine*, une justiciable ne peut en principe pas provoquer le contrôle juridictionnel de la conformité à une première règle conventionnelle

« Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », préc., pt. 30.

²³³³ Eleftheria NEFRAMI, « Renforcement des obligations des États membres dans le domaine des relations extérieures », *R.T.D. eur.*, 2009, pp. 601-638 (603). Dans un arrêt *Commission contre Portugal*, la Cour a jugé que « l'équilibre entre les intérêts liés à la politique extérieure d'un État membre et l'intérêt communautaire trouve déjà son expression dans l'article 234 du traité, dans la mesure où cette disposition permet à un État membre de tenir en échec une norme communautaire afin de respecter les droits des pays tiers résultant d'une convention antérieure et d'observer ses obligations correspondantes » : CJCE, 4 juillet 2000, *Commission contre République du Portugal*, C-62/98, *Rec. p.* I-5171, pt. 50.

²³³⁴ CJCE, 4 juillet 2000, *Commission contre République du Portugal*, préc., pt. 34.

²³³⁵ Cette dernière réserve est issue de l'arrêt *Kadi* : CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, préc., pt. 308, V. Koen LENAERTS, « Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Mareceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64 (55).

²³³⁶ Joël RIDEAU, « Accords internationaux », préc., pt. 400. L'auteur s'appuie sur les arrêts *open skies* condamnant différents États parties aux accords dits de type *Bermuda* qui, lors de sa renégociation en 1966, ont maintenu des stipulations contraires au droit primaire de l'Union et ont conséquemment « manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 5 [actuel article 13, paragraphe 2 TUE] et 52 du traité [article 49 TFUE], ainsi que des règlements n^{os} 2409/92 et 2299/89 » : CJCE, 5 novembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Danemark*, C-467/98, *Rec. p.* I-9519, pt. 140.

d'un acte interne édicté par l'administration pour mettre en œuvre une seconde obligation conventionnelle. Mais, en écartant la Convention européenne des droits de l'Homme et les accords internationaux conclus par l'Union du champ d'application de cette ligne de conduite, le Conseil d'État a su concilier les exigences de l'arrêt *Kandyrine*, avec celles des juridictions suprêmes des ordres juridiques intégrés auxquels il appartient. De sorte que l'invocabilité d'exclusion conserverait son utilité dans l'hypothèse où la légalité d'un acte, par lequel l'administration exécute une de ses obligations conventionnelles, serait contestée sur le fondement d'un accord purement communautaire ou mixte²³³⁷. Plus généralement, cette forme d'invocabilité permet de mettre fin aux incohérences nées de l'édition d'un acte juridique interne contraire aux prescriptions d'une règle conventionnelle dans le champ d'application de laquelle elle s'insère.

§ 2. La finalité de la résolution du conflit : la garantie de la cohérence d'un ordre juridique hiérarchisé

825. La protection juridictionnelle de la hiérarchie des normes d'un ordre juridique, permise par la consécration de l'invocabilité d'exclusion, garantit sa cohérence. Comme l'observe Jacques Chevallier, « [a]ppliqué à l'ordre juridique, le principe de cohésion se traduit par les exigences de compatibilité, de non contradiction et de complétude : il implique que les normes qui composent l'ordre juridique ne s'excluent pas mutuellement, que leurs énoncés ne soient pas antinomiques et qu'elles ne comportent pas des lacunes flagrantes, des blancs interstitiels, de nature à paralyser leur efficacité »²³³⁸. Et le respect de la hiérarchie des normes permet la cohérence de l'ordre juridique car « une situation de hiérarchie se caractérise par une exigence de conformité inscrite dans deux propositions. Il faut

²³³⁷ Rappelons que l'invocabilité n'offre pas de plus value en ce qui concerne le traitement juridictionnel du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans la mesure où celle-ci est dotée de l'effet direct dans l'ordre juridique français.

²³³⁸ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, Paris, PUF 1983, pp. 7-49 (14) ; Eric MAULIN explique de manière semblable que « La notion de cohérence a d'abord une signification logique qui répond au principe de non-contradiction. Un ordre est cohérent s'il ne se contredit pas, incohérent s'il se contredit », (« Cohérence et ordre juridique », Valérie MICHEL, (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Colloque de Strasbourg, 10-11 mai 2007, Strasbourg, PUS 2009, pp. 9-24 (10)). Le principe de non-contradiction permet de conférer à l'ensemble des normes composant l'ordre juridique leur homogénéité, leur permettant de s'ériger en « un système et [de former] un tout qui ne se réduit pas à la positivité de chaque volonté particulière. L'ordre juridique est un ordre de règles et non seulement de volontés arbitraires successives », (*ibid.*, p.11).

principalement entendre par là que la signification de l'une ne doit pas heurter la signification de l'autre »²³³⁹. Prenant appui sur le principe de primauté, l'invocabilité d'éviction des accords internationaux permettrait de dissoudre les incohérences causées par l'édition d'un acte inconstitutionnel. Cette utilité de l'invocabilité d'éviction n'a toutefois jusqu'à présent pas été jugée suffisante par la Cour de justice et le Conseil d'État français pour que ceux-ci la consacrent comme une nouvelle forme de justiciabilité du droit conventionnel. D'ordre prospectif, les développements qui suivent ne prendront donc pas appui sur une jurisprudence qui s'oppose avec constance à la libéralisation des conditions d'accès de la norme conventionnelle au prétoire interne. Ils s'attacheront à développer les bénéfices que les ordres juridiques français et de l'Union, ainsi que leurs sujets, retireraient d'un tel choix.

826. L'indétermination de la norme conventionnelle primaire, ou son absence d'effets sur la situation juridique des personnes privées, n'empêche pas sa violation par une norme de rang inférieur. Elle ne doit donc pas affecter le droit des personnes privées de s'en prévaloir pour contester la légalité d'un acte interne. De fait, l'abrogation, ou l'inapplication de l'acte inconstitutionnel, qui n'est pas motivée par la protection des droits subjectifs des personnes privées et qui résout les conflits de norme, permet de sauvegarder le principe de non-contradiction normative dans l'ordre juridique dont elles sont des sujets. En cela l'invocabilité d'éviction peut être analysée comme un droit processuel individuel à la cohérence de l'ordre juridique (B), dans la mesure où ce mécanisme est le seul à même de garantir la primauté des règles conventionnelles primaires et, par ricochet, le respect de la règle constitutionnelle interne qui définit son rang hiérarchique (A).

A. La logique hiérarchique de l'invocabilité d'éviction : la garantie du principe de primauté du droit conventionnel

827. La norme interne qui viole un accord international contrevient dans le même temps à une règle primaire (une stipulation conventionnelle) et à la règle secondaire qui lui donne son rang hiérarchique (une règle constitutionnelle). Si bien qu'en contrôlant la conventionnalité des actes internes, le juge donne tant effet à la règle primaire conventionnelle qu'à la règle

²³³⁹ Denys DE BECHILLON, *qu'est ce que la règle de droit ?*, op. cit., p. 283.

secondaire constitutionnelle²³⁴⁰. Les articles 55 de la Constitution de 1958 et 216, paragraphe 2 du TFUE sont ici appréhendés comme définitoires d'une règle hiérarchique entre le droit conventionnel et les droits législatif et infra-législatif²³⁴¹. L'invocabilité d'éviction d'une règle conventionnelle primaire crée un droit processuel permettant au juge de contrôler le bon respect de la règle secondaire interne définissant son rang hiérarchique²³⁴². En effet, l'affectation des règles secondaires qui donnent leur rang aux normes internationale, unionaire ou nationale est réalisée lorsque ces dernières sont contredites par une norme inférieure. Dans ces trois hypothèses, il y a en effet violation d'une règle secondaire constitutionnelle de hiérarchie. Dans l'ordre juridique français, les articles 88, alinéa 1, 61 et 55 de la Constitution de 1958 sont ainsi violés, selon qu'une directive, une disposition constitutionnelle ou un traité est méconnu par une loi. C'est pourquoi le droit de se prévaloir des normes constitutionnelles²³⁴³ et unionaires²³⁴⁴ que le juge déduit de leur rang hiérarchique, a vocation à s'étendre à la source conventionnelle²³⁴⁵.

828. Le lien de hiérarchie matérielle entretenu par le droit conventionnel avec le droit interne se rapporte à la hiérarchie statique des normes²³⁴⁶, tandis que le lien de hiérarchie formelle, qui détermine les relations entre la Constitution et les autres actes internes, se

²³⁴⁰ Jean Combacau traduit la binarité de la hiérarchie des normes préservée par le contrôle de conventionnalité. Analysant l'office du juge appelé à trancher un conflit entre règle interne et internationale, l'auteur souligne que « ce à quoi les juridictions françaises donnent effet, ce ne sont pas les règles internationales mais les prescriptions formelles résultant exclusivement du droit français concernant le traitement des prescriptions substantielles internationales », (Jean COMBACAU, « Conclusions », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, op. cit., p. 89). Cette proposition, qui peut être transposée au traitement de la norme conventionnelle internationale par la Cour de justice, semble pouvoir s'appliquer aux rapports entre toutes normes internes, il semble difficile de s'évader de la hiérarchie formelle des normes en tant que des règles de résolution des antinomies sont créées, par le droit écrit ou par la jurisprudence, pour tous les rapports internormatifs au sein d'un ordre juridique hiérarchisé. Il est impossible de concevoir une hiérarchie purement matérielle car, toujours, ses termes sont définis par une règle formelle de hiérarchie.

²³⁴¹ Pour une étude exhaustive de ces règles de hiérarchie, V. *supra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section préliminaire.

²³⁴² Il ne trouve donc pas sa base juridique dans le principe international de primauté du droit international qui ne lie pas *per se* les juridictions internes, (André NOLLKAEMPER, « The power of secondary rules of International Law to connect the international and national legal orders », préc., p. 12).

²³⁴³ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc. ; CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, préc.

²³⁴⁴ CJCE, 24 octobre 1996, *Annemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid Holland*, préc. ; CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, préc. ; CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, préc. ; CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, préc. ; CE, ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc. ; CE, ass., 30 octobre 2009, *Madame Perreux*, préc.

²³⁴⁵ Sur le déséquilibre actuel du régime de l'invocabilité des droits d'origines interne et externe, V. *supra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²³⁴⁶ V. en ce sens, Paul AMSELEK, « une fausse idée claire: la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 999.

rapporte à la hiérarchie dynamique des normes²³⁴⁷. Selon Riccardo Guastini dont la terminologie est ici réemployée, « *on dit donc formellement valide toute norme qui a été créée conformément aux métanormes sur la production juridique qui la regardent ; on dit matériellement valide toute norme qui n'est pas en contradiction avec les normes qui lui sont matériellement supérieures. On dit valide tout court la norme à la fois formellement et matériellement valide* »²³⁴⁸. Aux concepts de normes et métanormes répondent, dans le langage hartien, les catégories des règles primaires et secondaires. Dans ce cadre théorique la contradiction d'une règle primaire conventionnelle fonde logiquement l'irrégularité matérielle d'une norme interne (1). Mais, au delà, la norme inconventionnelle contredit corollairement la règle constitutionnelle secondaire de hiérarchie relative à cette règle primaire, elle est donc dans le même temps formellement invalide (2).

1) Une garantie de la primauté matérielle des règles conventionnelles primaires

829. Le rapport entre règle conventionnelle et actes internes législatif ou administratif, tel que défini par la Cour de justice et le Conseil d'État français²³⁴⁹, implique une compatibilité matérielle. Le caractère purement matériel de cette hiérarchie se déduit de l'absence de prescriptions conventionnelles relatives aux conditions procédurales d'édition des actes internes. De sorte qu'il n'existe en cela pas de lien de validité, mais seulement un lien de conformité, entre normes conventionnelles et internes. Comme indiqué par Riccardo Guastini ce rapport hiérarchique matériel « *regarde précisément les normes. Compatibilité et contradiction sont des relations conceptuelles qui ne peuvent évidemment s'établir qu'entre des significations* »²³⁵⁰. La hiérarchie matérielle est un rapport de compatibilité linguistique

²³⁴⁷ Hans Kelsen considère que « *les systèmes juridiques qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique* ». Pour sa présentation des systèmes dynamiques et statiques, V. *Théorie pure du droit, op. cit.*, pp. 195-197.

²³⁴⁸ Précisons que selon Riccardo GUASTINI, la validité ne correspond pas à l'appartenance d'une norme juridique à un système, qui relève de son existence. Cette existence serait déterminée par le critère du principe d'effectivité, soit par les sujets du système juridique. Une norme juridique non valide pourrait en ce sens exister ; et une norme valide peut ne pas exister. (« Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, op. cit.*, p. 454).

²³⁴⁹ CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, préc. ; CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

²³⁵⁰ Riccardo GUASTINI, « Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, op. cit.*, p. 460.

qui émerge « lorsqu'une norme positive interdit à deux autres normes de se contredire »²³⁵¹. L'absence de lien de validité entre normes conventionnelles et lois a été exploitée par les juridictions de Paris et Luxembourg afin de ne conférer aux premières qu'une primauté d'application en cas d'antinomie²³⁵². Dans cette perspective, l'invocabilité d'éviction se présente comme un mécanisme à la disposition des justiciables leur permettant d'obtenir la résolution de conflits entre énoncés normatifs d'origines interne et internationale, par la neutralisation des effets des premiers sur leur situation juridique.

830. Mais la conformité du droit interne aux prescriptions conventionnelles ne répond donc pas seulement à l'impératif de respect de la hiérarchie matérielle des normes. Il apparaît que celle-ci vise également à satisfaire les règles constitutionnelles de hiérarchie des normes²³⁵³.

2) Une garantie de respect des règles constitutionnelles secondaires de hiérarchie

831. Les articles 55 de la Constitution de 1958 et 216, paragraphe 2 du TFUE sont des règles secondaires de hiérarchie qui établissent, dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, la prévalence des accords internationaux sur les actes législatifs et infra-législatifs²³⁵⁴. La cohérence de ces ordres juridiques, qui implique l'absence d'antinomie entre les règles primaires, nécessite la création d'un droit processuel permettant d'appeler le juge à sanctionner la violation des règles de hiérarchie définissant les rapports entre ces règles primaires. Autrement dit, la prévalence des accords internationaux sur les actes législatifs français et de l'Union implique que les dispositions conventionnelles puissent utilement être

²³⁵¹ Pierre BRUNET, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », préc., p. 6.

²³⁵² Pour une analyse des conséquences du constat par la Cour de justice et le Conseil d'État de la violation d'une règle conventionnelle par un acte législatif, V. *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

²³⁵³ Notons que Paul AMSELEK a contesté la dimension hiérarchique des rapports inter-normatifs dans le système juridique dynamique. Il considère ainsi que cette relation ne règle pas une norme inférieure, mais seulement le processus d'édiction de cette norme. Il s'agit donc d'une relation de norme juridique à acte juridique et non d'une relation de norme à norme, (« Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *R.D.P.*, 1978, pp. 5-19). Michel TROPER s'est attaché en réponse à présenter comment ces rapports peuvent être analysés en termes hiérarchiques : « *ce qui est réglé par la norme supérieure, ce n'est pas tant l'acte d'édiction de la norme inférieure que cet acte en tant qu'il aura la signification d'une norme. L'acte normateur n'a la signification d'une norme que pour autant qu'il a été créé conformément à la norme supérieure. La relation est donc bien une relation de norme à signification, de norme à norme* », (« La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », préc., p. 1529).

²³⁵⁴ Pour une analyse exhaustive du rang hiérarchique du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, V. *supra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section préliminaire.

invoquées pour examiner la validité des lois, mais également des actes concrétisant ces dernières.

832. L'utilité contentieuse des règles secondaires de hiérarchie se révèle lorsque survient un conflit normatif mettant en cause les règles primaires auxquelles elles se rapportent²³⁵⁵. En cas de contrariété entre la norme conventionnelle et la norme législative (ou infra-législative), la norme législative (ou infra-législative) est inconstitutionnelle car elle contredit la règle secondaire de hiérarchie définie par la norme fondamentale²³⁵⁶. Il existe, entre les articles 216, paragraphe 2 du TFUE et 55 de la Constitution de 1958, et les actes législatifs et infra-législatifs entrant dans le champ d'application d'un traité « *une hiérarchie logique* » qui émerge « *lorsqu'une norme porte sur l'autre d'un point de vue méta-linguistique* »²³⁵⁷. Pour tirer toutes les conséquences de cette « *autorité supérieure* » de la règle conventionnelle sur les règles internes législatives et infra-législatives, il appartient aux juges de conférer aux justiciables le droit de solliciter la suppression de leurs incompatibilités, par le biais de l'invalidation ou de l'inapplication de la norme d'origine interne irrégulière.

833. Cette forme d'invocabilité constituerait un instrument de contrôle de la régularité formelle des actes internes. L'acte interne contraire au droit conventionnel est en effet formellement invalide, dans la mesure où les autorités normatives législatives ou infra-législatives sont privées par la Constitution du pouvoir d'édicter un acte juridique inconventionnel. Le respect des articles 55 de la Constitution de 1958 et 216, paragraphe 2 du TFUE est donc un critère de validité formelle des actes législatifs et infra-législatifs, dans les

²³⁵⁵ V. à propos des règles de hiérarchie du droit de l'Union, Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « Le champ d'application matériel, limite du droit communautaire - Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », préc., p. 28.

²³⁵⁶ Ce syllogisme – déjà présenté par Bruno Genevois dans sa note sous l'arrêt *Nicolo* (Bruno GENEVOIS, « Note sous CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* », *R.F.D.A.*, 1989, pp. 813-833 (824)). – est exprimé par Denys DE BECHILLON en ces termes: « *si la Constitution, dans son article 55, énonce que les traités ont une autorité supérieure à celle des lois, cela emporte que toute loi contraire à un traité viole indirectement ledit article 55 en tant qu'il prescrit lui-même une telle hiérarchie des normes. Autrement dit, toute loi violant un traité viole la Constitution en ceci que cette dernière fait obligation au législateur de respecter le traité. Si la notion – constitutionnelle – d'un traité muni d'une "autorité supérieure à celle des lois" ne signifie pas que le législateur est astreint à cette obligation-là, elle ne signifie rien. Il n'est pas besoin de se vouloir kelsénien pour entendre de cette manière le concept "d'autorité supérieure" et en inférer sa conséquence immédiate : la loi inconventionnelle viole la Constitution par cela même que la Constitution contraint le législateur au respect de la convention* », (« De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », préc., p. 234). Ce syllogisme s'est heurté à quelques contradicteurs. Henry-Michel CRUCIS considère ainsi que celui-ci revient à substituer « *à l'objet de l'article 55, son effet qui peut à la rigueur être considéré comme conduisant à subordonner ainsi la loi au traité* », (*Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1991, t. 161, p. 187).

²³⁵⁷ Pierre BRUNET, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », préc., p. 6.

ordres juridiques français et unionaire²³⁵⁸. L'antinomie formelle opposant deux normes se constate traditionnellement au moment de l'édiction de l'acte législatif ou réglementaire. Mais l'entrée en vigueur d'une convention internationale postérieure à la loi peut mettre en cause la validité formelle de cette dernière, dès lors que celle-ci permet au juge d'appliquer la règle secondaire de hiérarchie régissant leurs interactions, et donc de sanctionner l'hypothétique violation de la première par la seconde²³⁵⁹. Il faut en outre dès ici préciser qu'en dépit du lien de validité formelle unissant la loi entrant dans le champ d'application du droit conventionnel et les articles 55 de la Constitution et 1958 et 216, paragraphe 2 du TFUE, la violation des seconds par la première n'emporte pas l'invalidité mais l'inapplicabilité de la loi²³⁶⁰.

834. L'action combinée de la hiérarchie matérielle et formelle des normes incite à repenser la marge d'appréciation offerte à la juridiction appelée à apprécier l'invocabilité des actes internes. L'office du juge est en outre conçu comme une garantie de la cohérence de l'ordre juridique²³⁶¹.

²³⁵⁸ Comme indiqué par Denys DE BECHILLON, ce contrôle de validité formelle consiste en « l'appréciation de la conformité d'une règle juridique à une autre s'opère aussi au regard des formes et des procédures d'élaboration de la règle ainsi qu'au regard de la compétence de son auteur. Or ces propriétés appartiennent à l'acte, plus qu'à la norme, dans la mesure où elles ont trait à la formation de la règle, à la personne et à l'investiture de celui qui l'énonce », (*Qu'est-ce qu'une règle de droit*, op. cit., p. 283). Si bien que, pour avoir la signification d'une norme juridique, les actes unionaires ou français doivent se conformer à la règle de forme portée par les articles 55 de la Constitution de 1958 et 216, alinéa 2 TFUE : leur conformité au droit conventionnel en vigueur. Olivier CAYLA explique en ce sens qu'« en établissant conceptuellement une hiérarchie des normes entre la conventionnalité et la légalité, le texte de l'article 55 apparaît en effet comme celui d'une norme [...], supposée pouvoir obliger l'interprète à comprendre, ou au contraire à ne pas comprendre, d'autres textes – conventionnels ou législatifs – comme ayant une signification pragmatique de norme », (« La Constitution, le traité et la loi : contributions au débat sur la hiérarchie des normes », C.C.C., 1999, pp. 77-86 (80)). La règle de hiérarchie portée par l'article 216, alinéa 2 TFUE a la même puissance de subordination de l'accès des normes infra-conventionnelles à la qualité de règle juridique.

²³⁵⁹ Jean-Claude BONICHOT observe en ce sens que « la remise en vigueur d'un traité ou d'une stipulation d'un traité, peut conduire à constater l'incompatibilité d'une loi qui avant n'était pas affectée parce que le traité se trouvait privé d'application [...] ; enfin, un changement dans l'interprétation d'un traité peut conduire à constater l'incompatibilité avec ses stipulations d'une loi qui, auparavant, était considérée comme valide » : conclusions sur CE, 2 juin 1999, *Meyet*, n°207752.

²³⁶⁰ Pour une analyse des causes des conséquences différenciées de l'inconventionnalité des actes législatifs et administratifs, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2.

²³⁶¹ Cette approche contredit ponctuellement une doctrine centrant son office sur la protection de la loi interne. Pour Pascal PUIG, le principe de hiérarchie des normes doit ainsi céder face à l'idéal de justice : « la hiérarchie des normes doit cesser d'être considérée comme une fin en soi, un idéal à reproduire, pour être appréhendée comme un simple moyen parmi d'autres d'atteindre les solutions les plus justes possibles. Edifiée sous le signe de la Raison, elle a donné naissance à une théorie des sources de droit refermée sur elle-même, constituée de règles abstraites plus que de solutions concrètes, qui élimine toute appréciation subjective et rejette toute conviction personnelle – un droit pur, "aseptisé", un droit objectif », (« Hiérarchie des normes : du système au principe », préc., pp. 791-792).

B. L'objet systémique de l'invocabilité d'éviction : la garantie de la cohérence de l'ordre juridique

835. Paraphrasant Aimé Césaire, Denys Simon affirme que « *la vérité juridique a pour signe la cohérence et l'efficacité* »²³⁶². Il faut convenir que la qualité d'un ordre juridique n'est pas indifférente à sa cohérence. Selon l'encyclopédie philosophique universelle, « *la cohérence est une propriété attribuée à une totalité en fonction de certaines qualités de ses parties relativement à leur intégration dans la totalité. Ces qualités peuvent être d'ordre logique (non-contradiction, consistance), matériel (homogénéité) [...], voire recourir à la finalité (intégration en fonction d'un projet)* »²³⁶³. Il s'agit ici de démontrer comment la consécration de l'invocabilité d'éviction du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et unionaire permettrait de promouvoir les deux premières composantes de la cohérence : la non-contradiction et l'homogénéité.

836. Pour parvenir à garantir l'intégrité de la hiérarchie des normes, et donc la cohérence de l'ordre juridique, il est nécessaire d'instituer des mécanismes de régulation de l'ordre juridique²³⁶⁴. L'invocabilité d'éviction est l'un de ceux-ci. Appliquée aux normes conventionnelles, même dépourvues d'effet direct, dans le contentieux de la légalité, elle se présente en effet comme la seule technique susceptible de permettre aux justiciables de provoquer l'élimination juridictionnelle de toute antinomie normative et de participer à la satisfaction du principe de non-contradiction. En effet, « *la structure hiérarchisée de l'ordre juridique [...] garantit le respect du principe de non-contradiction, par le retrait de la norme hiérarchiquement inférieure* »²³⁶⁵. Fondée sur le principe de primauté, l'invocabilité

²³⁶² Denys SIMON, « Rapport introductif : cohérence et ordre juridique communautaire », in Valérie MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., pp. 25-40 (40).

²³⁶³ André JACOB, *Encyclopédie philosophique universelle*, Tome 2 : Les notions philosophiques, Paris, PUF, 1998, cité par Eric MAULIN, (« Cohérence et ordre juridique », Valérie MICHEL, (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 11).

²³⁶⁴ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, op. cit., p. 16.

²³⁶⁵ *Ibid.*, p. 17 ; Il est à noter que pour le Doyen Carbonnier, l'impératif de cohérence a des implications rigoureusement inverses de celles qui seront présentées ici. En effet, selon lui, la cohérence de l'ordre juridique français suppose d'écarter les règles étrangères « *théoriquement applicables* », mais qui se trouveraient « *en opposition stridente* » avec le droit interne. Ces « *droits venus d'ailleurs* » sont « *des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire* », (*Droit et passion du droit sous la 5^{ème} République*, Paris Flammarion, 2006, pp. 44-45). Ils sont des « *babylones juridiques* » qui selon les mots de Denys SIMON, commentant la pensée du doyen, « *sapent l'architecture de la pyramide normative sur lesquels devrait se fonder la sanction de pharaon* », (« Rapport introductif : cohérence et ordre juridique communautaire », in Valérie

d'éviction se donne pour objet de priver d'effet juridique la norme qui contrarie une norme de rang supérieur, même lorsque cette dernière souffre d'une certaine indétermination. Cette forme d'invocabilité s'impose ainsi comme un mécanisme de garantie juridictionnelle de non-contradiction normative (2) permettant la formation d'un ordre juridique prétendant à la qualité d'État de droit, ordre de règles non antinomiques (1).

1) L'ordre juridique adhérent aux principes de l'État de droit, espace de non-contradiction normative

837. Par essence, l'ordre juridique se présente comme un corpus de règles non antinomiques (a). L'adhésion d'un ordre juridique au principe de l'État de droit confie à ses juges la tâche d'éliminer les contradictions normatives (b).

a) L'ordre juridique comme système unitaire de règles

838. Hans Kelsen affirmait qu'« un ordre juridique peut être décrit en propositions de droit qui ne se contredisent pas »²³⁶⁶. La règle de droit appartient à un ordre juridique dont elle ne doit pas affecter la cohérence. Jacques Chevallier soutient en ce sens que « le propre des règles juridiques est précisément qu'elles sont, à l'intérieur d'un même espace social, liées et interdépendantes : "chaque règle de droit est toujours l'élément d'un système, d'un tout d'un ordre complexe"²³⁶⁷ ; elle prend place dans une totalité plus large qui la dépasse et dont elle est tenue de respecter les déterminations et les contraintes »²³⁶⁸. La norme juridique se meut dans un ordre juridique organisé et ne peut pas, sans briser son unité, opposer à l'un de ses sujets une prescription contredisant une règle de rang supérieur s'adressant au même

MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 27).

²³⁶⁶ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 273 ; V. dans le même sens, Michel. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement (Norme fondamentale hypothétique et droit international) », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 453-467 (459) ; Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., pp. 3-4.

²³⁶⁷ Georges GURVITCH, *L'idée de droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle*, Paris, Sirey, 1932, rééd. scientia Verlag und Antiquariat, 1972, p. 10.

²³⁶⁸ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, op. cit., p. 7.

destinataire. Ici réside la fonction du principe de cohérence : il interdit la coexistence de deux règles antinomiques partageant le même champ d'application au sein d'un ordre juridique, et prévient donc le fait qu'un de ses sujets de droit soit destinataire de deux prescriptions contraires.

839. Le lien unissant la cohérence au principe de sécurité juridique se précise. Il est mis en évidence par Jacques Chevallier en ces termes : « [l]e droit ne pourrait remplir la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition [...] de se présenter comme un ensemble logique et cohérent : il faut que chacun ait la possibilité de prévoir à l'avance les conséquences de ses actes et de connaître la règle qui s'appliquera à lui ; le "besoin de prévisibilité" impliquerait l'agencement des normes juridiques en un système intelligible et rigoureux, ne comportant ni équivoque, ni contradiction »²³⁶⁹. C'est en effet parce que « le juridique dans nos contrées, répugne à l'inorganisé », à l'imprévisible, qu'« il ne se donne à peu près que comme un principe de cohérence »²³⁷⁰.

840. Ceci induit que le droit puisse moins être présenté comme une règle, que comme un ordre unitaire de règles²³⁷¹. En sa qualité d'institution chargée de la résolution des conflits normatifs, le juge s'impose comme l'ultime garant de l'unité de l'ordre juridique et, au-delà, du droit conçu comme un système hiérarchisé de normes²³⁷². En supprimant les antinomies au moyen de l'interprétation ou de l'annulation²³⁷³, la juridiction assure la cohérence et, par là,

²³⁶⁹ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, op. cit., pp. 11-12 ; ce degré d'organisation d'un système de normes lui confère une efficacité qui constitue selon Charles Leben la condition de son accès à la qualité même d'ordre juridique, (Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, pp. 19-39).

²³⁷⁰ Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., p. 233.

²³⁷¹ Pour Hans Kelsen, le droit est présenté non pas comme une règle, mais comme un ensemble de règles « doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système », (*Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 55). Riccardo GUASTINI relaie cette analyse de l'ordre juridique, faisant de l'existence d'institutions aptes à garantir le « manque de contradiction logique entre les normes » le composant, une condition *sine qua non* de son existence, (« L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », préc., p. 95).

²³⁷² Ceci explique la moindre importance de l'institution juridictionnelle dans l'ordre juridique international qui, fondé sur l'intersubjectivisme, « exclut toute différenciation hiérarchique des normes », (Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Le système juridique*, A.P.D., 1986, pp. 85-101 (87)).

²³⁷³ Jacques CHEVALLIER souligne la complémentarité de ces deux exercices dans la garantie de la cohérence de l'ordre juridique. Pour le juge, « il s'agit de supprimer autant que possible les dissonances, de réduire les écarts éventuels, par un travail patient et subtil d'interprétation visant à rendre les normes hétérodoxes compatibles avec les déterminations (ndlr, fussent-elles évanescentes) de l'ordre juridique ; à défaut, leur retrait garantit le maintien de l'harmonie de l'ensemble », (Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, op. cit., p. 15).

l'existence même de l'ordre juridique²³⁷⁴. La cohérence de l'ordre juridique ne se comprend pas dans l'instant mais comme un processus²³⁷⁵ ; les contradictions normatives peuvent exister dans l'ordre juridique, sa cohérence implique seulement l'existence d'un mécanisme permettant de les résoudre²³⁷⁶. En définitive, la cohérence peut être analysée « *comme une méthode pour ordonner le pluralisme, on peut montrer comment le souci de cohésion normative tend à discipliner les divergences et arbitrer les conflits* »²³⁷⁷.

841. Faisant obstacle à l'usage de nombreuses règles conventionnelles au rang de norme de référence du contrôle de conventionnalité, l'effet direct constitue un verrou à l'avènement d'une véritable cohérence normative dans le champ d'application des accords internationaux²³⁷⁸. Comme le relève Denys Simon, la jurisprudence de la Cour de justice témoigne d'une réelle « *difficulté à déterminer les rapports du droit international conventionnel et du droit né des traités selon un modèle "cohérent"* »²³⁷⁹. Dans l'ordre juridique français, selon les termes de Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'effet direct relève « *plus souvent des Balkans que de la Pangée* »²³⁸⁰. Au gré des interprétations du juge interne, la tectonique de l'effet direct réduit ou élargit le champ des normes conventionnelles dont la contradiction normative peut être contestée. Ainsi, la subordination de l'invocabilité à l'effet direct amènerait, lorsque ses critères ne sont pas satisfaits, à affecter la cohérence de l'ordre juridique, empêchant

²³⁷⁴ Christian ATIAS observe en ce sens que l'ordre juridique hiérarchisé a la « *fragilité d'un château de cartes, puisque l'anomalie remettant en cause l'une des règles menace la tenue de toute la pyramide* », (*Philosophie du droit*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 40)

²³⁷⁵ Eric MAULIN observe à cet égard qu'il n'est pas possible d'affirmer « *qu'un ordre juridique est comme un ordre logique mais plutôt qu'il tend vers la cohérence, autrement dit qu'il dispose des moyens d'évoluer et de se corriger au moyen d'organes divers qui peuvent intervenir pour le modifier ou l'adapter (révisions constitutionnelles, modifications législatives, annulations juridictionnelles, etc.)* », (« Cohérence et ordre juridique », MICHEL (V.), (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 11).

²³⁷⁶ Riccardo GUASTINI indique en ce sens que « *ces contradictions – ces antinomies – exigent, bien sûr, une solution, pour des raisons relevant du principe d'égalité et du principe de sécurité juridique. Et c'est pour cela que tout ordre juridique contient des critères de solution, tels que "lex posterior" et "lex superior". Mais cela veut dire non pas que l'ordre juridique est cohérent, mais qu'il peut être réduit à la cohérence: "systématisé". Ce qui est une chose tout à fait différente. Car alors le système n'est pas un "donné" qui préexiste à la science juridique (à l'interprétation): c'est plutôt son résultat* », (« L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », préc., p. 96).

²³⁷⁷ Denys SIMON, « Rapport introductif : cohérence et ordre juridique communautaire », in Valérie Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 34.

²³⁷⁸ La superposition des champs d'application matériel, temporel et spatial des normes internes et internationales est loin d'être systématique. Il s'agit là d'une importante limite à la survenance de conflits normatifs, V. *supra*, cette Section, § 1.

²³⁷⁹ Denys SIMON, « Rapport introductif : cohérence et ordre juridique communautaire », in Valérie Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 33.

²³⁸⁰ Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « les aléas de l'effet direct », préc., p. 937.

l'« agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible »²³⁸¹. Le juge se refuse à résoudre le conflit normatif né du heurt entre une obligation conventionnelle dépourvue d'effet direct et un énoncé juridique interne, pérennisant l'hétéronomie de l'ordre juridique. Il n'est pas interdit de s'interroger sur les incidences de cette posture sur la légitimité de l'ordre juridique. Éric Maulin observe en effet que « la cohérence d'un ordre normatif n'est pas seulement ce qui le rend intelligible mais ce qui le rend aussi légitime dans la mesure où les normes peuvent être connues, anticipées et le cas échéant, discutées »²³⁸². Par ailleurs, selon Léon Duguit, cette discipline des institutions légitime l'action de l'État : « [l]'État, c'est la force matérielle, quelle que soit son origine ; elle est et reste un simple fait ; mais elle devient légitime si ceux qui la détiennent l'emploient à l'accomplissement des règles négatives ou positives que leur impose la règle de droit, c'est-à-dire l'emploient à la réalisation du droit »²³⁸³.

842. C'est pourquoi l'adhésion d'un ordre juridique aux principes de l'État de droit érige les juges en gardien de sa cohérence et de sa légitimité en leur confiant la charge d'arbitrer les conflits normatifs. L'État de droit exige de ses organes le respect de la hiérarchie des normes, discipline qui constitue un facteur de légitimation de leur action²³⁸⁴.

b) L'exigence de non-contradiction normative renforcée par l'adhésion aux principes de l'État de droit

843. L'adhésion de l'Union européenne et de la France aux principes de l'État de droit renforce l'exigence de sanction juridictionnelle de la violation des obligations conventionnelles. Le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à faire du principe d'État de droit un principe constitutionnel²³⁸⁵. Mais Éric Carpano observe que « [p]our autant, l'on ne

²³⁸¹ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, op. cit., p. 33.

²³⁸² Eric MAULIN, « Cohérence et ordre juridique », Valérie MICHEL, (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., p. 11.

²³⁸³ Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 15.

²³⁸⁴ Cette discipline des institutions de l'État conditionne le passage de l'État puissance à l'État de droit car « [s]i le pouvoir politique n'est jamais légitime par son origine, s'il est en soi un fait étranger au droit, il peut devenir légitime par son exercice ; il peut devenir un *Rechtstaat* », (ibid., p. 539).

²³⁸⁵ Le Conseil constitutionnel s'est ainsi refusé toute référence au concept d'État de droit, sinon dans l'exposé des griefs, même lorsque les requérants l'y appelaient. On peut à cet égard se référer à la décision *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*. Alors que les requérants soutenaient que le traitement réservé aux étrangers en situation régulière constituait une « négation même de l'État de droit », le

saurait déduire de l'absence de l'expression "état de droit" du droit constitutionnel français, la non reconnaissance constitutionnelle à tout le moins matérielle du principe d'État de droit »²³⁸⁶. L'indépendance de la fonction juridictionnelle, le respect des droits fondamentaux et des dispositions institutionnelles de la Constitution, ainsi que l'intégrité de la hiérarchie des normes sont en effet garantis dans l'ordre juridique français²³⁸⁷.

844. L'Union européenne est quant à elle une Union de droit²³⁸⁸. Depuis 1986, il est entendu que « *ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le Traité* »²³⁸⁹. L'arrêt *les Verts contre Parlement* marque donc l'adhésion de l'Union européenne aux principes de l'État de droit²³⁹⁰. Fabrice Picod relève que « *cette affirmation s'est inscrite dans le prolongement de la notion d'État de droit qui implique notamment la garantie du respect par l'administration de la hiérarchie des normes au moyen d'un contrôle juridictionnel étendu et efficace* »²³⁹¹. Cette appropriation des principes de l'État de droit a été constitutionnalisée. Il est ainsi inscrit dans le préambule de la charte des droits fondamentaux que l'Union « *repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit* ».

845. Or, l'État de droit, dans sa dimension formelle²³⁹², exprime le principe selon lequel les institutions habilitées à émettre des normes doivent agir conformément aux éléments de la

Conseil constitutionnel s'est refusé à employer l'expression « État de droit » dans les motifs de sa décision : Cons. const., 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, n°89-261 DC.

²³⁸⁶ Eric CARPANO, *État de droit et droits européens*, op. cit., p. 277.

²³⁸⁷ Pour une analyse de ces différentes composantes de l'État de droit, V. Philippe LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, op. cit., pp. 149-160.

²³⁸⁸ Pour une analyse approfondie de la communauté de sens des notions d'État de droit et d'Union de droit, V. Rostane MEDHI, « Le respect de l'État de droit en droit européen et dans les relations extérieures de l'Union européenne », in Pierre D'ARGENT, Olivier CORTEN, Pierre KLEIN, *L'État de droit en droit international, Colloque SFDI de Bruxelles*, Paris, Pedone, 2009, pp. 219-248 (222-231).

²³⁸⁹ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste les Verts contre Parlement européen*, préc., pt. 23.

²³⁹⁰ Jean-Paul JACQUE, « Cours général de droit communautaire », *R.C.A.D.E.*, 1990, pp. 237-367 (54).

²³⁹¹ Fabrice PICOD, « Le développement de la juridictionnalisation », in Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-286 (262). Selon Rostane MEHDI, la dimension matérielle de l'État de droit répond quant à elle « à l'impérieuse condition de mettre en œuvre un droit reflétant un ensemble de valeurs et de principes indissociablement liés à la démocratie libérale », (« Les retombées de la Communauté de droit dans les États de droit », in Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, op. cit., pp. 377-422 (378)).

²³⁹² On ne s'attachera pas ici à présenter la dimension matérielle de l'État de droit. Il est cependant à noter que, depuis la chute du IIIème Reich, la doctrine allemande se refuse à limiter l'État de droit à sa définition formelle. Konrad HESSE synthétise l'interprétation substantielle de l'État de droit dominante en 1962 : « [d]ans l'État de droit de la Loi fondamentale vaut le primat du droit au sens d'attachement non seulement au droit comme tel mais aux contenus déterminés du droit : il est l'État de droit non seulement formel mais aussi matériel », (« Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes », in TOHIDIPUR (M.), (dir.), *Der Bürgerliche Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 290-313 (295)).

légalité composant leur ordre juridique d'appartenance²³⁹³. C'est ce que Niilo Jääskinen a récemment qualifié de « *dimension normative* » de la Communauté de droit, elle impose à l'action normative des institutions « *une obligation de conformité au traité* »²³⁹⁴. Les autorités qui émettent les normes sont ainsi tenues de respecter l'ensemble des règles de droit valides qui composent l'ordre juridique dans lequel elles agissent²³⁹⁵. La règle conventionnelle valide dans l'ordre juridique français ou de l'Union européenne²³⁹⁶ est à ce titre supposée lier la production normative des institutions qui en relèvent. Et l'action des juridictions française et de l'Union conditionne l'effectivité de la soumission des autorités publiques aux règles qui s'imposent à elles. De fait, « *l'État de droit signifie que la liberté de décision des organes de l'État est, [...] encadrée par l'existence de normes juridiques, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge ; il présuppose que les élus ne disposent plus d'une autorité sans partage, mais que leur pouvoir est par essence limité : et il implique qu'ils se conforment aux règles qu'ils ont eux-mêmes posées. Dans les deux cas, c'est au juge qu'il revient d'assurer ce "règne du droit". Le juge apparaît ainsi, plus que jamais, comme la clef de voûte et la condition de la réalisation de l'État de droit* »²³⁹⁷.

²³⁹³ Les critiques adressées par la doctrine kelsenienne à cette théorie, reposant largement sur la consubstantialité de l'État et du droit ne sont pas ignorées. Ce lien essentiel des deux concepts apparaît en 1925 dans les écrits de Hans KELSEN qui qualifie alors l'État d'« être de droit », (*Allgemeine Staatslehre*, 2^{ème} réimpr. de la 1^{ère} éd. (1925), Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1993, p. 264). Hermann HELLER s'inscrit dans ce courant de pensée, lorsqu'il observe que « *le droit doit être envisagé comme la condition nécessaire de l'État contemporain et l'État comme la condition nécessaire du droit contemporain. Sans l'apport du droit, qui est un facteur constitutif du pouvoir, il n'y a ni validité normative du droit ni puissance étatique ; sans la puissance qui produit le droit, il n'y a ni ordre juridique positif ni État. La relation entre l'État et le droit n'est concevable ni en tant qu'unité indifférenciée, ni en tant qu'antagonisme irréductible* », (« *Staatslehre* », in *Gesammelte Schriften*, T.3, pp. 79-395 (297)). Autrement dit, les objections au concept d'État de droit tiennent principalement en ce que « *l'État, au sens juridique, ne peut précéder les normes juridiques sans lesquelles il n'existe point. Seul l'État, au sens sociologique, peut être antérieur au droit* », (Luc HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, op. cit., p. 424). Le monisme méthodologique rend donc tautologique l'expression « État de droit ». Il y sera néanmoins fait référence en ces travaux, en raison de sa valeur explicative en gardant à l'esprit que sa substance ne s'éloigne guère de la définition normativiste de l'État

²³⁹⁴ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 70.

²³⁹⁵ Dans sa thèse de doctorat, Sylvia CALMES observe que l'État de droit « *requiert essentiellement, au sens large, la soumission de tout pouvoir au droit – à la loi mais aussi à la Constitution – et à la compétence du juge [...] pour en assurer le respect* », (*Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 79).

²³⁹⁶ Il s'agit des règles conventionnelles qui satisfont les conditionnalités constitutionnelles et jurisprudentielles subordonnant leur applicabilité dans un ordre juridique. La condition jurisprudentielle de réciprocité d'application s'adjoint aux conditions constitutionnelles dans l'ordre juridique de l'Union pour apprécier l'applicabilité des accords OMC.

²³⁹⁷ Jacques CHEVALLIER, « Les aspects idéologiques de l'État de droit », in Pierre D'ARGENT, Olivier CORTEN, Pierre KLEIN, *L'État de droit en droit international, Colloque SFDI de Bruxelles*, Paris, Pedone, 2009, pp. 69-80 (76).

846. La force obligatoire que le droit conventionnel retire des articles 55 de la Constitution et 216, paragraphe 2 du TFUE dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne impose par conséquent que son respect par les normes de rang inférieur soit l'objet d'un contrôle juridictionnel efficace²³⁹⁸. La pérennité de l'État de droit, qui repose sur l'efficacité de cet office, peut être mise à mal par le défaut de justiciabilité des normes d'origine internationale. La soumission des autorités normatives au droit conventionnel se trouve en effet conditionnée par la sanction juridictionnelle de sa méconnaissance. Préserver l'État de droit implique de promouvoir juridictionnellement la justiciabilité de la norme valide et ce, quelle que soit son origine. Dawn Oliver a soutenu cette analyse lorsqu'il a écrit que « [t]his presumption in favour of justiciability is a strong and important feature of the "Rule of Law" State »²³⁹⁹. Un ordre juridique doté d'un juge ayant pour office la préservation de la légalité doit, s'il se veut un État/ Union de droit, associer la sanction juridictionnelle à toute violation d'une norme valide. C'est ce que l'avocat général Niilo Jääskinen a qualifié de « *dimension juridictionnelle de la Communauté de droit* », elle « *suppose une protection juridictionnelle des particuliers contre les actes de droit dérivé illégaux* »²⁴⁰⁰. Le juge Koen Lenaerts a tiré les conséquences de cette dimension juridictionnelle de la Communauté de droit sur les conditions d'invocabilité du droit de l'Union européenne, en indiquant que « *a liberal approach towards invoking EU law can be grounded in a vision about the rule of law. One of the basic rules of a legal order governed by the rule of law is the fact that the government itself is bound by the laws. The most effective way to ensure this is allowing every ordinary*

²³⁹⁸ Pierre MAYER remarque que « *l'impératif juridique associé à la règle résulte de la présence de celle-ci dans l'ordre juridique, système qui comporte des juges ou des organes de contrainte* », et estime que cette appartenance implique à son tour qu'« *une perspective de sanction* » soit associée à sa violation, (« Existe-t-il des normes individuelles », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, op. cit.*, pp. 679-693 (686)) ; un certain courant de la doctrine reste sceptique à l'idée de l'attachement de la sanction à la force obligatoire en État de droit. Le propos de Pascal PUIG s'inscrit dans celui-ci : « *une chose est l'obligation, une autre est la sanction. Réduire à néant le caractère obligatoire d'une norme au seul motif que ne sont pas mis en place les moyens de son respect semble contraire, sinon à la définition, du moins à la description de la règle de droit et procède, en définitive, d'une inversion de raisonnement. En réalité, cette explication tire du droit procédural des conséquences en terme de droit substantiel qui sont dictées par l'unique dessein de préserver la cohérence d'une hiérarchie des normes à la fois malmenée dans son agencement et menacée dans son existence* », (« Hiérarchie des normes : du système au principe », préc., p. 776).

²³⁹⁹ Dawn OLIVER, « Written Constitution : Principles and problems », *Parl. Aff.*, vol. 45, 1992, pp. 135-152 (142). Traduction : « la présomption en faveur de la justiciabilité est une caractéristique marquante de "l'État dans lequel règne le droit" ».

²⁴⁰⁰ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 70.

citizen to rely on the norms created by the states »²⁴⁰¹. L'absence de sanction des violations des obligations juridiques – fussent-elles des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct – qui lient les autorités publiques retire ainsi à l'État dont elles sont des organes la possibilité de prétendre à la qualité d'État de droit²⁴⁰².

²⁴⁰¹ Koen LENAERTS, Tim CORTHAUT, « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », préc., p. 288. Traduction : « Une approche libérale du régime de l'invocabilité peut trouver ses fondements dans la protection de la *Rule of Law*. Un des principes fondamentaux de l'ordre juridique régi par cette *Rule of Law* réside en ce que le gouvernement lui-même est lié par les normes. Et la meilleure manière de s'en assurer est d'autoriser tous les citoyens de se prévaloir de solliciter l'application des ces normes créées par l'État ».

²⁴⁰² Selon Léon DUGUIT, au sein de l'État de droit, le droit objectif est en effet « *un règle de conduite dont la violation entraîne une réaction sociale susceptible d'être organisée* », (*Traité de droit constitutionnel*, T. 1, Paris, Fontemoing, 3^{ème} éd., 1927, p. 66). Cette équation associant État de droit et nécessité de la sanction de la règle est toutefois inopérante dans les paradigmes de l'État de droit dérivés de la pensée de Jellinek. Ces modèles déduisent en effet la nécessité de la sanction non simplement de la violation de l'obligation née de la règle de droit mais également de la protection du droit individuel qu'elle contient. Dans sa théorie générale de l'État, Georg JELLINEK présente ainsi la garantie des droits publics subjectifs comme premier objet de la juridiction, (*L'État moderne et son droit. Première partie : théorie générale de l'État*, rééd., Paris, éditions Panthéon Assas, 2005, p. 566). Chez Raymond CARRE DE MALBERG, « [p]our que l'État de droit se trouve réalisé, il est [...] indispensable que les citoyens soient armés d'une action en justice, qui leur permette d'attaquer les actes étatiques vicieux qui léseraient leurs droits » (*Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (1920-1922)*, T. 1, op. cit., p. 492. Nous soulignons). L'État de droit, tel que défini par Raymond Carré de Malberg, s'oppose à l'État de police et s'attache à protéger les droits des individus des illégalités de l'État (V. Kaarlo TUORI, « L'État de droit », in Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD, (dir.) *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 644-670 (660-661)). Les influences de la théorie allemande des droits publics subjectifs sont ici prégnantes (Pour une présentation contemporaine de cette théorie, V. Matthias RUFFERT, « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloques organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux*, op. cit., p. 151). Raymond CARRE DE MALBERG observe ainsi que « [l]e régime de l'État de droit implique essentiellement que les règles limitatives que l'État s'est imposées dans l'intérêt de ses sujets pourront être invoquées par ceux-ci de la façon dont s'invoque le droit : car ce n'est que de cette façon qu'elles engendreront, pour les sujets, du droit véritable » (*Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (1920-1922)*, T. 1, op. cit., p. 489). Cette approche renvoie à un trait caractéristique du droit allemand : le contrôle de légalité poursuit l'objectif prioritaire de protéger les droits publics subjectifs des administrés, (V. Jürgen SCHWARZE, « Grunlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland », préc., p. 23. Traduction Laure JEANNIN, *Le droit au recours juridictionnel des personnes privées en droit public comparé franco-allemand*, op. cit.). L'opposition entre la conception allemande et française de l'État de droit se traduit au contentieux par une terminologie distincte pour désigner l'office du juge administratif. Alors que le droit allemand « *parle de protection juridictionnelle de citoyens contre l'administration* », le droit français « *parle de contrôle juridictionnel de l'administration* », (Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, op. cit., p. 302). Le premier de ces contrôles met l'accent la protection des droits subjectifs quand le second s'intéresse à la validité du droit objectif. L'auteur explique à ce propos que « *le droit objectif met l'accent sur la cohérence et la logique interne de l'ordre juridique mais se présente comme neutre de valeur. Il est l'expression de la technique juridique qui peut être protectrice ou oppressive, conservatrice ou progressiste, libérale ou autoritaire. La conformité au droit objectif ne dit rien sur le contenu des normes en jeu. Les droits subjectifs, par contre, constituent du droit matériel en ce sens qu'ils affirment des droits et des valeurs. Ils instituent un pouvoir d'initiative pour les individus et des mécanismes de protection contre l'État* », (*ibid.*, p. 320). L'approche allemande de l'État de droit ne permet donc pas de condamner la subordination de l'accès des normes d'origine internationale au rang de norme de référence

847. L'absence de sanction des méconnaissances du droit objectif, dont fait partie le droit d'origine internationale dépourvu d'effet direct, soustrait en effet la qualité d'État/Union de droit à la France et à l'Union européenne. En refusant l'effet direct d'une norme, le juge habilite tacitement les autorités normatives de l'État à méconnaître les prescriptions qu'elle véhicule. Piet Eeckhout remarque en ce sens que « *the type of effect courts are willing to give to particular rules is bound to have significant impact on the attitude towards those rules, and action taken by institutional actors such as the EU's political institutions and legislatures and public authorities at national level. Where, for example, it is clear that a provision has direct effect, so that it confers rights on individuals which they may enforce in court, a public authority will endeavour to avoid court action by applying those provisions in accordance with the courts' interpretation* »²⁴⁰³. La vocation d'une norme à porter des droits subjectifs ne conditionne pas sa qualité de règle de droit. Si bien qu'il apparaît logique de permettre la sanction de la violation par les autorités publiques des règles juridiques qui ne créent pas de droits pour assurer la pérennité de l'État de droit. L'avocat général Jääskinen a récemment soutenu ce point de vue en ces termes : « *afin d'éviter la création d'un espace soustrait à tout contrôle judiciaire, il me semble légitime de soutenir que, dans le cadre du contrôle de la conformité d'un acte du droit de l'Union avec le droit international, l'absence d'effet direct d'une disposition, entendue comme une norme exhaustive et une source de droits, ne devrait pas faire obstacle à un examen de la légalité* »²⁴⁰⁴. L'appartenance du droit conventionnel français et unionaire à un ordre juridique ayant adhéré aux principes de l'État de droit conforte ainsi la nécessité de consacrer l'invocabilité d'éviction du droit conventionnel.

à l'effet direct. Autrement dit, l'effet direct se confond avec l'aptitude de la norme à produire un droit subjectif, qui conditionne la protection des citoyens par les actions en justice occasionnant les contrôles de légalité.

²⁴⁰³ Piet ECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., pp. 328-329. Traduction: « le type d'effet que les juridictions sont prêtes à accorder à certaines règles revêt une importance décisive dans le positionnement vis-à-vis de ces règles, et l'attitude adoptée par des acteurs institutionnels tels que les institutions politiques de l'Union européenne, les législateurs et les autorités publiques à l'échelon national. Lorsque, par exemple, il est clair qu'une stipulation est d'effet direct, en ce qu'elle confère des droits aux individus dont ils peuvent demander une application juridictionnelle, une autorité publique sera plus disposée à éviter une action en justice en appliquant cette stipulation conformément aux interprétations de la Cour ».

²⁴⁰⁴ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 78.

2) L'invocabilité d'éviction instrument de résolution des contradictions normatives

848. Lorsque deux règles se contredisent dans un ordre juridique constitué en État de droit, la juridiction compétente pour y résoudre les conflits normatifs doit priver d'effet celui d'entre elles qui est de rang inférieur. Fondé sur l'effet direct, le régime actuel de l'invocabilité du droit conventionnel n'offre pas cette garantie de la non-contradiction normative. C'est pourquoi « *l'exigence d'effet direct revient à considérer que les particuliers n'ont pas de droit à un "État de droit", entendu comme étant un État respectant ses propres obligations, fussent-elles internationales* »²⁴⁰⁵. Confrontée à la violation d'une stipulation conventionnelle dépourvue d'effet direct, la personne privée est un témoin impuissant du manquement des autorités normatives à leurs obligations internationales. Elle se trouve dans l'incapacité de mettre en cause la validité du droit interne sur le fondement des règles internationales sans effet direct. Le juge estime qu'en résolvant les antinomies nées de la violation de stipulations conventionnelles incomplètes, il noircirait les blancs interstitiels les séparant des situations juridiques individuelles, mission qui incombe aux pouvoirs législatif et réglementaire²⁴⁰⁶. Pourtant, il n'en est rien. Dans cette hypothèse, il ne procéderait qu'à la résolution d'une antinomie, sans ajouter du sens à la norme indéterminée. En effet, il ne s'agirait pas d'appliquer la norme incomplète à une situation juridique individuelle, mais de résoudre un conflit normatif. De sorte que le juge ne concrétiserait pas la norme conventionnelle, il garantirait seulement la compatibilité de deux énoncés juridiques appartenant au même ordre juridique.

849. Le justiciable doit être mis en capacité d'appeler le juge à exercer cet office pour assurer la cohérence de l'ordre juridique. L'invocabilité d'exclusion – c'est-à-dire le droit de se prévaloir d'une norme en vertu de sa primauté – s'impose alors comme l'instrument adéquat pour offrir aux personnes privées cette capacité processuelle. Cette forme d'invocabilité, qui permettrait à la personne privée d'appeler ces règles dans le débat

²⁴⁰⁵ Pierre D'ARGENT, « Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international », préc., p. 371.

²⁴⁰⁶ David EDWARD résume les sources la prudence de la Cour de justice, que l'on retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'État, lorsque celle-ci est appelée à donner effet à une norme conventionnelle imprécise (en l'occurrence, la décision 3/80 de l'accord d'association CEE-Turquie) : « *there was binding obligation on the contracting parties, but it was one which required further action before it could pass from the sphere of the legislator to the sphere of the judiciary* », (« Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (Essays in honour of Giuseppe Federico Mancini)*, op. cit., p. 437). Sur les liens entretenus par le principe de séparation des pouvoirs avec la doctrine de l'effet direct, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 1, A.

juridictionnel du simple fait de leur prévalence, tendrait à légitimer l'usage que la France et l'Union européenne font de leur pouvoir, dès lors que ce contrôle juridictionnel garantirait que leur autorité soit exercée en conformité avec les obligations internationales qui s'imposent à elles²⁴⁰⁷. La juridiction accorderait au justiciable détenteur d'un intérêt à agir la qualité d'agent de la légalité conventionnelle. Et le requérant lui offrirait en retour l'opportunité de se prononcer sur le respect de la norme primaire conventionnelle, ainsi que de la règle secondaire constitutionnelle qui lui attribue son rang. Les antinomies nées de la violation d'un traité seraient ainsi susceptibles d'être résolues, ce qui étendrait la cohérence de l'ordre juridique au domaine d'application du droit conventionnel.

850. La reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion des normes conventionnelles profiterait en premier lieu à la sanction des violations de celles de ces normes qui n'ont pas d'équivalent constitutionnel (a). Pour que cette forme d'invocabilité puisse pleinement garantir la cohérence de l'ordre juridique, il serait nécessaire de permettre aux requérants de se fonder sur celle-ci pour contester la conventionnalité de tout acte interne, qu'il soit de portée générale ou individuelle (b).

a) Identification des normes conventionnelles dont la violation ne peut être sanctionnée sans la consécration de l'invocabilité d'exclusion

851. Les obligations tirées des normes conventionnelles dépourvues d'effet direct n'ont souvent pas d'équivalent dans le droit d'origine interne. Elles peuvent à ce titre être violées par un acte juridique interne sans que ce dernier soit pour autant inconstitutionnel ou illégal. La cohérence de l'ordre juridique s'en trouve affectée, puisque deux normes antinomiques peuvent alors coexister sans que l'une d'entre elles soit privée d'effets juridiques par un organe juridictionnel. L'invocabilité d'éviction permettrait à certaines normes conventionnelles ne trouvant pas d'équivalent dans le droit d'origine interne d'accéder au rang de paramètre de la légalité des ordres juridiques français (i) et de l'Union européenne (ii). À défaut, ces obligations d'origine internationale restent réduites à la qualité de déclarations d'intention dont le respect n'est aucunement garanti par l'état du droit interne.

²⁴⁰⁷ Pour une analyse du respect du droit par les autorités normatives comme étant un facteur de légitimation de leur action, V. *supra*, ce B, 1), a).

i) Les règles conventionnelles ne trouvant pas d'équivalent dans le droit d'origine interne français

852. La complémentarité matérielle des blocs de conventionnalité et de constitutionnalité est significative dans l'ordre juridique français. La justiciabilité de nombreuses obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct, n'ayant pas d'équivalent dans le bloc de constitutionnalité, dynamiserait l'intérêt du contrôle de conventionnalité en permettant de résoudre les antinomies normatives procédant de leur violation. L'action juridique des autorités de l'État serait par exemple encadrée par les obligations internationales de respecter le droit des personnes handicapées à une orientation, une éducation et une formation professionnelle²⁴⁰⁸, le droit des travailleurs à un taux de rémunération majorée pour les heures de travail supplémentaires²⁴⁰⁹, ou encore le droit d'accès à la justice environnementale²⁴¹⁰. En ne dynamisant pas la justiciabilité des traités au moyen de l'abandon de la conditionnalité d'effet direct, la solution *GISTI et FAPIL*²⁴¹¹ a donc permis la pérennisation de cette situation dans laquelle la violation de certaines obligations conventionnelles n'ayant pas d'équivalent constitutionnel ne s'expose pas à une sanction juridictionnelle dans l'ordre juridique français.

853. En outre, certaines conventions internationales restent paradoxalement dépourvues d'effet direct alors même qu'elles précisent le contenu de prescriptions constitutionnelles qui, pour invocables qu'elles soient, souffrent d'une réelle indétermination. L'article 7 de la Charte de l'environnement, relatif au droit à l'information et à la participation aux projets ayant une incidence environnementale, peut dans cette perspective être mis en parallèle avec

²⁴⁰⁸ Article 15 de la charte sociale européenne : CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, préc.

²⁴⁰⁹ Article 4 de la charte sociale européenne : CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n°317225, inédit. Il convient de relever que même si dans cette affaire, le Conseil d'État juge que la directive 2003/88/CE « temps de travail » (Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOCE*, L 299, 18 novembre 2003, p. 9) n'est pas applicable *ratione personae* aux officiers de police, la Cour de justice considère au contraire que le l'organisation normale du temps de travail des agents des forces de sécurité et de secours relevant du service public entre dans le champ d'application de la directive sur le temps de travail : CJCE, 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer e.a. contre Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut*, préc. Toutefois, la Cour de justice a précisé « qu'il ressort tant de la finalité que du libellé même de ses dispositions, la directive [sur le temps de travail] ne trouve pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs. Au demeurant, cette interprétation résulte désormais sans ambiguïté de l'article 137, paragraphe 6, CE, selon lequel ne sauraient s'appliquer aux rémunérations les prescriptions minimales que le Conseil de l'Union européenne peut adopter par voie de directives et qui sont destinées [...] à assurer la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs » : CJCE, 1^{er} décembre 2005, *Abdelkader Dellas e.a. contre Premier ministre*, C-14/04, *Rec. p. I-10253*, pts. 38-39.

²⁴¹⁰ Article 9 de la convention d'Aarhus : CE, 5 avril 2006, *Dumont*, n°275742, *Tables Leb.*, p. 1042, 1104, 1114.

²⁴¹¹ CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc.

la Convention d'Aarhus. Cette disposition constitutionnelle synthétise deux des trois principes de la démocratie environnementale en proclamant que « [t]oute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »²⁴¹². La Convention d'Aarhus répond aux mêmes préoccupations. Ainsi que le relève le Conseil d'État dans son rapport public de 2011, « cette convention, dont on ne dira jamais assez l'importance, [...] établit des liens entre environnement et droits fondamentaux. Elle vient consacrer un droit de l'homme à l'environnement et renforce la démocratie administrative participative »²⁴¹³. Elle détaille les conditions d'application du droit à l'information et à la participation au processus décisionnel environnemental consacré à l'article 7 de la Charte de l'environnement. Et comme le souligne Evelyne Lagrange, « le juge serait sans doute fondé à reconnaître un effet direct à ces conventions [...], c'est-à-dire admettre qu'elles puissent se substituer à la loi pour la réalisation de cette exigence constitutionnelle »²⁴¹⁴. Or les articles 4 et 5 de la convention d'Aarhus, qui détaillent de manière exhaustive le contenu du droit d'accès à l'information sur les projets à incidence environnementale, restent dépourvus d'effet direct²⁴¹⁵. De même, la majorité des dispositions des articles 6, 7 et 8 souffrent d'un défaut de justiciabilité devant la plus haute juridiction administrative²⁴¹⁶. L'arrêt *Commune d'Annecy*²⁴¹⁷ a donc conduit à consacrer la justiciabilité d'une prescription constitutionnelle dont les concrétisations conventionnelles restent en grande partie dépourvues de force invalidante.

854. La crainte du Conseil d'État à l'égard du potentiel déséquilibre des effets des droits constitutionnel et conventionnel a été un des facteurs motivant le rejet de l'invocabilité d'éviction du second en 1997. Finalement, l'avènement de la question prioritaire de

²⁴¹² Se trouve ainsi exclu de la Charte de l'environnement le principe du droit d'accès à la justice en matière environnementale.

²⁴¹³ CONSEIL D'ÉTAT, *Consulter autrement, Participer effectivement*, La documentation française, Paris, 2011, p. 54 ; V. également, Julien BETAÏLLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, op. cit., pp. 386-388.

²⁴¹⁴ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 502.

²⁴¹⁵ CE, 11 janvier 2008, *Lesage et M. et Mme de Bouard*, n°292493, *Leb.* p. 1.

²⁴¹⁶ Les paragraphes 2, 3 et 7 de l'article 6 sont d'effet direct; les paragraphes 4, 6, 8 et 9 de l'article 6 et les articles 7 et 8 ne sont pas d'effet direct en ce qu'« elles ne créent d'obligations qu'entre les États parties » : CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc. ; le paragraphe 11 de l'article 6 n'est pas non plus d'effet direct : CE, réf., 27 avril 2007, *Commune de Bourgoin-Jallieu* n°304042, inédit ; voir les synthèses présentées par Julien Bétaïlle et Guillaume Lefloch : Julien BETAÏLLE, « The direct effect of the Aarhus Convention as seen by the French 'Conseil d'État' », *ELNI Rev.*, 2009, pp. 63-74 ; Guillaume LEFLOCH « La convention d'Aarhus devant le juge administratif », *L.P.A.*, 6 août 2008, n° 157, pp. 4-9.

²⁴¹⁷ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc.

constitutionnalité et le refus de consacrer une forme objective d'invocabilité du droit conventionnel a produit un déséquilibre inverse. Que l'on songe à la densité juridique du bloc de conventionnalité qui contient des prescriptions souvent plus précises que la Constitution française ou, lorsqu'un acte législatif est en cause, au coût d'une procédure incidente ouverte devant le Conseil constitutionnel²⁴¹⁸, on ne peut que déplorer les conséquences de l'attachement indéfectible du Conseil d'État à la conditionnalité d'effet direct qui écarte de nombreuses normes conventionnelles de son prétoire.

ii) Les règles conventionnelles ne trouvant pas d'équivalent normatif dans le droit d'origine interne unionaire

855. Dans l'ordre juridique de l'Union, les conditions d'accès à la justice environnementale définies par la Convention d'Aarhus sont plus libérales que celles posées par le règlement 1367/2006 concernant l'application aux institutions de l'Union des obligations d'information, de participation et d'accès à la justice environnementale²⁴¹⁹. La première oblige en effet les parties contractantes à garantir la possibilité de contester la légalité des actes administratifs, même impersonnels, ayant une incidence environnementale ; tandis que le règlement unionaire ne crée un tel droit processuel qu'à l'encontre des actes administratifs individuels²⁴²⁰. Incorporé dans l'ordre juridique de l'Union par cet acte de droit dérivé et, *ipso jure* invocable pour attaquer celui-ci en vertu de la jurisprudence *Nakajima*, la Convention d'Aarhus offre une plus-value aux personnes privées soucieuses d'user de leurs droits processuels environnementaux aux actes pour contester la conventionnalité des actes pris sur la base de ce règlement. L'élargissement de l'invocabilité aux actions contestant la légalité

²⁴¹⁸ En admettant que, dans l'hypothèse où deux normes constitutionnelle et conventionnelle seraient de substance équivalente, le requérant ne s'appuie que sur le moyen d'inconventionnalité, afin de se dispenser des dépenses liées à l'examen prioritaire de la constitutionnalité de la règle attaquée.

²⁴¹⁹ Règlement CE n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, préc., pp. 13–19

²⁴²⁰ C'est l'un des enjeux des affaires *Stichting Natuur et Vereniging Milieudefensie* (actuellement sur pourvoi), V. Laurent COUTRON, « Révolution dans le contentieux de l'environnement : feu sur la jurisprudence Plaumann ! », préc. ; pour une étude comparée des règles procédurales de contestation des actes à incidence environnementale procédant de la Convention d'Aarhus et du droit d'origine interne de l'Union européenne, V. Johann GUIORGUEFF, « Les règles de recevabilité concernant les actions des particuliers et la Convention d'Aarhus : entre inflexibilité et faveur du juge de l'Union européenne à l'égard du droit international de l'environnement », préc.

des actes unionnaires à incidence environnementale sans lien d'exécution avec le règlement 1367/2006 – qui a été défendu par l'avocat général Niilo Jääskinen²⁴²¹ –, serait un vecteur de progrès de la démocratie environnementale dans l'ordre juridique de l'Union.

856. Réserver l'invocabilité aux normes conventionnelles d'effet direct, c'est-à-dire porteuses de droits subjectifs²⁴²², n'a pas de sens lorsque le requérant entend obtenir la sanction de sa violation par une autorité normative. Dans un tel cas, le justiciable n'appelle pas la réalisation de l'un de ses droits, mais la sanction de l'insubordination normative des autorités publiques qui violent les prescriptions conventionnelles qui les lient en vertu de la primauté qui leur est attribuée par la Constitution. Pour reprendre les termes de Marie Gautier, il s'agit non pas d'une « *invocabilité-créance* », mais d'une « *invocabilité-sanction* »²⁴²³. Et cette sanction de la violation de ces obligations conventionnelles sans équivalent normatif dans le droit d'origine interne suppose donc la consécration de leur invocabilité d'exclusion. Cette garantie juridictionnelle de la légalité conventionnelle, fondée sur la prévalence des traités agirait en faveur de la cohérence de l'ordre juridique, en provoquant la résolution des antinomies nées de la violation des engagements internationaux.

b) Identification des règles internes dont l'inconventionnalité peut être sanctionnée au moyen de l'invocabilité d'exclusion

857. Pour que l'invocabilité d'éviction puisse effectivement promouvoir le principe de non-contradiction normative dans les ordres juridiques français et de l'Union, il faut qu'elle puisse

²⁴²¹ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudedefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc.

²⁴²² Pour une présentation de l'effet direct des règles conventionnelles comme leur aptitude à produire des droits subjectif, V. *Supra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, A, 4) ; et la doctrine citée, Denis ALLAND, « commentaire sous C.Cass. 10 mars 1993, *Lejeune* », préc. ; Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit., p. 354 ; Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 501 ; Béangère TAXIL, « Les normes internationales », in Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Pascale GONOD (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 1, op. cit., p. 441 ; Piet EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, op. cit., p. 381 ; Mario MENDEZ, « The enforcement of EU agreements : bolstering the effectiveness of Treaty Law? », préc., p. 1750 ; Koen LENAERTS, « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », préc., p. 516 ; Julianne KOKOTT, « International Law – A neglected « integral » part of the EU legal order? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 79.

²⁴²³ Marie GAUTIER, « L'effet direct des conventions internationales », préc., p. 565.

être employée aux fins de contester la conventionnalité de toutes les normes internes de rang inférieur, qu'elles soient de portée générale (i), ou individuelle (ii).

i) Les normes de portée générale

858. Les rapporteurs publics et avocats généraux ayant plaidé en faveur de la consécration de l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel ont défendu la thèse selon laquelle les prescriptions qu'il crée doivent en premier lieu permettre de contester la validité des actes de portée générale²⁴²⁴. L'antinomie entre règles de portée générale et règle conventionnelle est analysée comme génératrice d'un conflit de normes qui doit, en cette qualité, pouvoir être porté à la connaissance du juge de la légalité des actes internes. Il apparaît donc acquis qu'il doit pouvoir être fait usage de l'invocabilité d'exclusion pour contester les actes législatifs et administratifs de portée générale. L'opposabilité aux normes individuelles des règles conventionnelles portées à la connaissance du juge au moyen de l'invocabilité d'exclusion est davantage en débat chez ses promoteurs. De nombreux arguments plaident pourtant en faveur d'une telle opposabilité.

²⁴²⁴ Ronny Abraham, Gaëlle Dumortier et Yann Aguila ont en effet plaidé pour la consécration de l'invocabilité d'exclusion des droits conventionnel et constitutionnel, tout en prenant soin de limiter son bénéfice aux actions dirigées contre les actes de portée générale. V. Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc. ; Yann AGUILA, « La valeur Constitutionnelle de la charte de l'environnement », conclusions sur CE, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc. ; Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc. ; pour un raisonnement similaire dans le cadre des relations entre droit de l'Union européenne et droit international, V. Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc.

ii) Les normes individuelles

859. En contentieux administratif français, l'invocabilité d'exclusion des directives dépourvues d'effet direct est possible si l'acte attaqué est de portée générale²⁴²⁵. Cette forme d'invocabilité ne bénéficie pas aux actions formées contre des normes individuelles. Le soutien logique de cette jurisprudence procède d'une analyse des normes individuelles qui tend à considérer qu'elles ne font pas réellement partie de la réglementation. De ce point de vue, les recours pour excès de pouvoir dirigés contre une norme impersonnelle et contre une norme individuelle sont qualitativement distincts, les seconds ayant une dimension subjective que ne revêtent pas les premiers²⁴²⁶. Dans une approche normativiste de l'ordre juridique, cette distinction n'emporte pas pleinement la conviction, dans la mesure où elle conduit à appréhender l'antinomie entre une règle conventionnelle et un acte juridique individuel comme un conflit de normes²⁴²⁷. Pour cette raison, il convient d'ouvrir l'invocabilité

²⁴²⁵ Denis ALLAND, « L'application du droit international considéré du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame ? », préc., p. 242.

²⁴²⁶ Comme l'observe Fabrice MELLERAY, « on assiste à (au moins dans les litiges relatifs à des décisions de refus) au déplacement du centre de gravité du débat juridictionnel : les conclusions en annulation servent ici de préalable à une demande d'injonction et le juge ne se contente plus de contrôler un acte mais est amené à analyser comme en plein contentieux l'ensemble de la situation litigieuse », (« Les actions en justice », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, T. 2, op. cit., p. 540). Le constat de cette subjectivisation du recours pour excès de pouvoir contre les actes individuels a conduit son auteur à distinguer le recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes personnels, dotés d'une finalité d'individualiste, du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes impersonnels, dotés d'une finalité holiste, (Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, op. cit., pp. 392-410). D'une manière analogue, les maîtres des requêtes Thierry-Xavier Girardot et Fabien Raynaud, ont observé à l'occasion de l'arrêt *Madame de Laubier* que « [s]i le Conseil d'État acceptait de s'écarter de la règle, que nous ne voyons nulle part écrite, selon laquelle, dans le silence des textes, seul le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre les actes de l'administration, il serait sans doute logique de convenir que les recours contre les actes créateurs de droits sont des recours de plein contentieux », (Thierry-Xavier GIRARDOT, Fabien RAYNAUD, « Régime du retrait des actes administratifs individuels créateurs de droit », préc., p. 945). Ces deux propositions soulignent donc l'opportunité de scinder le recours pour excès de pouvoir en deux voies de droit distinctes à raison de la nature de l'acte attaqué. La distinction du régime de l'invocabilité des directives selon que les actions contestent la validité des actes administratifs impersonnels ou individuels, réservant l'examen de l'effet direct aux secondes, repose sur les mêmes logiques. Le Rapporteur public Gaëlle Dumortier se référerait de même à cette dichotomie, en ses conclusions sur l'arrêt *GISTI et FAPIL*, pour soutenir la nécessité de l'examen de l'effet direct dans les litiges « à caractère subjectif [...]. Tel est le cas, pour le juge judiciaire, en matière civile – le juge pénal paraissant pour sa part l'ignorer. Pour le juge administratif, il est plus malaisé de fixer de manière exacte les litiges concernés mais on peut grossièrement admettre qu'en excès de pouvoir, tel est le cas des recours contre les décisions individuelles », (« L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc., p. 554).

²⁴²⁷ Le propos ici développé s'étend aux décisions d'espèce. Les déclarations d'utilité publique, bien qu'impersonnelles, ne peuvent être attaquées sur le fondement d'une directive dépourvue d'effet direct. Bruno GENEVOIS indique ainsi que « [l]e désaccord qui subsiste avec la Cour ne porte donc que sur le refus du Conseil

d'exclusion aux actions contestant la conventionnalité des normes individuelles, dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne (γ). Le caractère normatif des normes individuelles (α) comme leur inscription dans la chaîne de validité de l'ordre juridique (β) permettent de parvenir à une telle conclusion.

α) Le caractère normatif des actes individuels

860. Le Conseil constitutionnel jugeait en 1986 que tout organe administratif était « *soumis à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre [...] par toute personne qui y a intérêt* »²⁴²⁸. Cette constitutionnalisation du principe de légalité veut que le juge de l'excès de pouvoir, dès lors qu'il est saisi par un requérant démontrant son intérêt à l'annulation, contrôle le respect par toute norme, fût-elle personnelle, de toute règle de droit qu'elle concrétise médiatement et immédiatement. Dès lors que la démonstration de l'affectation d'un droit subjectif n'est pas exigée pour les actions formées contre des actes individuels, son caractère objectif est établi et l'invocabilité d'exclusion des normes de référence semble s'imposer en logique. Tel ne fut pourtant pas le choix opéré par les juges du Palais Royal lors des arrêts *Cohn-Bendit*²⁴²⁹, *Perreux*²⁴³⁰ et *Commune d'Annecy*²⁴³¹ à l'occasion desquels ils soumièrent l'invocabilité des directives et du droit constitutionnel à l'effet direct dans de telles actions. Dans le cadre de cette jurisprudence, l'analyse objective du recours pour excès de pouvoir est limitée aux actions fondées sur des règles de portée générale. Cette solution a emporté l'adhésion de Ronny Abraham et Gaëlle Dumortier qui entendaient l'étendre au droit conventionnel²⁴³². Par conséquent, l'abandon de l'effet direct n'est plaidé par les rapporteurs

d'État de confronter directement un acte individuel – ou plus exactement un acte non réglementaire ce qui englobe les actes déclaratifs d'utilité publique – à une directive non encore transposée», (« L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 201-213 (207) ; V. CE 13 décembre 1985, *Zakine*, *Tables Leb.*, p. 448, 515, 516, 740, 750 ; CE 7 mars 1994, *Association pour le tracé ouest du contournement routier de Carling*, *Leb.* p. 114).

²⁴²⁸ Cons. const., 18 septembre 1986, *Loi sur la liberté de communication*, n°86-217, *Rec. CC*, p. 223, pt. 23.

²⁴²⁹ CE, 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, n°11604, *Leb.* p. 524.

²⁴³⁰ CE, ass., 30 octobre 2009, *Emmanuelle Perreux*, préc.

²⁴³¹ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc.

²⁴³² Selon le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER, le recours pour excès de pouvoir est une voie de droit bifide. Dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI et FAPIL*, elle soutient ainsi la nécessité de l'examen de l'effet direct dans les litiges « à caractère subjectif [...]. *Tel est le cas, pour le juge judiciaire, en matière civile – le juge pénal paraissant pour sa part l'ignorer. Pour le juge administratif, il est plus malaisé de fixer de manière exacte les litiges concernés mais on peut grossièrement admettre qu'en excès de pouvoir, tel est le cas des recours contre*

publics que dans les actions dirigées contre des actes de portée générale. Une telle délimitation de l'office objectif du prétoire de l'excès de pouvoir n'apparaît toutefois guère conciliable avec une analyse normativiste de l'ordre juridique qui voudrait que l'invocabilité d'exclusion soit étendue aux actions formées contre des actes individuels.

861. L'exigence du droit subjectif dans les recours tendant à l'annulation d'un acte administratif individuel procède de l'adhésion des membres du Conseil d'État à une doctrine, présente de longue date la littérature juridique française²⁴³³, selon laquelle lesdits actes ne sont pas des règles de droit. C'est ce qui ressort en creux des conclusions du Commissaire du gouvernement Aguila sur *Commune d'Annecy*, selon qui une norme dépourvue d'effet direct « peut normalement toujours être invoqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire. Le juge des normes doit veiller au respect de la Constitution par les pouvoirs publics »²⁴³⁴. Il est possible d'inférer de cette formule que le juge saisi d'une contestation de la légalité d'un acte individuel n'est pas un *juge des normes*. La proposition du Commissaire du gouvernement pourrait indiquer une certaine confusion entre les notions de norme et de règle de portée générale. Celle-ci conduit en l'occurrence à estimer que l'examen de la légalité d'un acte individuel implique nécessairement la réalisation d'un droit. C'est ce qui ressort également des conclusions du Rapporteur public Gaëlle Dumortier qui affirme, à l'occasion de l'arrêt *GISTI et FAPIL* que, dans les recours pour excès de pouvoir dirigés contre des actes administratifs individuels, « le justiciable réclame au juge d'appliquer directement à sa situation particulière le traité dont il prétend tenir un droit »²⁴³⁵. L'invocabilité des normes dépourvues d'effet direct se heurte donc à cette lecture du contrôle de la légalité de la norme individuelle rattachée au droit subjectif.

862. C'est somme toute une idée classique du droit administratif français à laquelle René Alibert faisait déjà référence en 1926, en assimilant le recours pour excès de pouvoir au contentieux de pleine juridiction attaché à la protection des droits lorsque se trouvait attaqué

les décisions individuelles », (« L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc., p. 554, nous soulignons).

²⁴³³ Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 518 ; Marcel WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat-Monchrestien, 1949, pp. 113-114.

²⁴³⁴ Yann AGUILA, « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc., p. 1532.

²⁴³⁵ Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, préc., p. 553.

un acte administratif individuel²⁴³⁶. De nombreux observateurs de la jurisprudence administrative ont soutenu des idées voisines²⁴³⁷. Éric Millard remarque à leur propos que « [c]'est [...] pour permettre la prise en compte de prescriptions qui ne sont pas des règles que Kelsen se réfère aux normes ; c'est en négligeant cela qu'une partie de la doctrine juridique demeure réticente à l'idée de norme individuelle : en identifiant norme et règle au sens de prescriptions à portée générale »²⁴³⁸. Marcel Waline observait par exemple que le concept même de « règle d'espèce » relevait d'une « contradiction interne », une « certaine généralité [étant] de l'essence même de toute règle »²⁴³⁹. Cette conclusion procède de deux observations. D'une part, « les lois du monde physique sont toutes des lois générales », d'autre part, « le but de tout droit est de créer de l'ordre et de la sécurité en prévenant d'avance les citoyens que tels de leurs actes auront telles conséquences juridiques »²⁴⁴⁰. Une approche normativiste du droit interdit d'accorder crédit au premier argument, l'ordre juridique étant un construit non assimilable à l'ordre naturel, il ne peut être retiré des conclusions juridiques de l'observation de données physiques. Le second argument dénie aux actes personnels la faculté de participer au maintien de l'ordre et de la sécurité, ce qui apparaît céder face au simple exemple de la décision de condamnation d'un dangereux criminel²⁴⁴¹.

863. Denys de Béchillon porte un regard critique sur la négation de la qualité d'acte juridique des normes individuelles. Il affirme ainsi qu' « [u]ne incohérence fondamentale, absolue ferait que celles des normes qui [...] sont le plus immédiatement adressées [à l'individu] échappent à la définition théorique de la règle de droit. Une théorie du système solaire qui ne voudrait pas entendre parler du soleil ne serait pas plus curieusement construite »²⁴⁴². L'idée était déjà présente sous la plume de René Capitant qui dans sa thèse de

²⁴³⁶ René ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, pp. 48-53.

²⁴³⁷ Les exceptions sont rares, V. Roger BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre de Adolph Merkl », *R.D.P.*, 1928, pp. 674-707 ; Charles EISENMANN, « Les actes juridiques de droit administratif », cours de 1956-1957, in *Cours de droit administratif*, T. 2, Paris, LGDJ, rééd. 1983, p. 337.

²⁴³⁸ Éric MILLARD, « Qu'est ce qu'une norme juridique ? », *C.C.C.*, 2007, n°21, pp. 59-62 (60) ; dans le même sens, V. Otto PFERSMANN, « Norme », in Denis et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1079-1082 (1079).

²⁴³⁹ Marcel WALINE, « Note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques (R.D.P., 1980)* », in *Notes D'arrêts de Marcel Waline*, T. 1, Paris, Dalloz, 2004, pp. 549-551 (550).

²⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 559.

²⁴⁴¹ Herbert HART n'en reconnaît pas moins une « texture ouverte » à ces règles de portée individuelle. Par la règle du précédent, ils attachent en effet des effets juridiques à certaines « catégorie d'actes », (*Le concept de droit, op. cit.*, pp. 143-145 ; V. également, Denys DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 36).

²⁴⁴² Denys DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 32 ; ce regard critique sur l'analyse généraliste de la règle est partagé par Paul AMSELEK, (« Normes et lois », *A.P.D.*, 1980, pp. 89-107 (98)).

doctorat expliquait qu'« *il faut, parmi les impératifs juridiques, distinguer les impératifs généraux et les impératifs individuels, que l'on peut appeler les règles de droit générales et les règles de droit individuelles* »²⁴⁴³. Que les termes de règles et de normes soient dissociés ne pose finalement guère de problème : ce qui compte, c'est que soit reconnue aux actes administratifs individuels la qualité de norme ou de règle, qualité qui les fait entrer dans le champ du droit positif, et intègre conséquemment la contestation de leur légalité dans le contentieux objectif. On se trouve ici dans le prolongement de la pensée kelsenienne selon laquelle il n'existe pas de différence de nature entre les normes de portée générale ou spéciale, toutes deux comportant des *Sollen* et se trouvant simplement à des degrés de concrétisation distincts. Charles Eisenmann prolongera cette réflexion en affirmant que la seule différence qualitative opposant norme impersonnelle et norme personnelle est relative à la nature de leur destinataire, en ce qu'elles prennent respectivement les individus destinataires « *ut singuli* » et « *ut universatis* »²⁴⁴⁴. Quoiqu'il en soit, cette différence qualitative ne remet en rien en cause l'essence normative de l'acte administratif individuel.

864. À travers le prisme normativiste, la contestation d'une norme individuelle ne peut pas être considérée comme impliquant nécessairement la réalisation d'un droit. De sorte que l'invocabilité d'exclusion pourrait être appliquée à de telles actions qui ne suscitent rien d'autre qu'un contrôle du respect de la hiérarchie des normes par l'auteur de la norme individuelle. Les arguments à l'encontre de l'invocabilité d'exclusion tenant au défaut de lien immédiat entre la norme extranationale et la norme individuelle n'emportent pas davantage conviction.

²⁴⁴³ René CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris, Thèse de doctorat, librairie dalloz, 1928, p. 60. Après avoir présenté les traits généraux de la pensée kelsenienne exposés dans la *revue de droit public* (Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, pp. 197-257), René Capitant s'appuie sur l'exemple classique de l'article 1134 du code civil aux termes duquel « [l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », pour finalement soutenir qu'« [i]l ne faut pas y prendre le mot "loi" dans le sens de "loi matérielle" ni de "loi formelle", mais dans le sens de "règle de droit" », (*ibid.*, p. 68). Il convient de préciser que pour l'auteur si la règle juridique peut être individuelle, « le mot "norme" se distingue du mot règle en ce qu'il lui ajoute l'idée de généralité. "Norme" est synonyme de "règle générale". On ne doit donc pas parler de norme individuelle », (*ibid.*, p. 60). Il a été choisi dans cette thèse de privilégier le vocable norme pour désigner l'acte juridique individuel.

²⁴⁴⁴ Charles EISENMANN distinguait ainsi les normes portant sur « *la condition juridique de groupes de sujets, de catégories de personnes* » de celles s'intéressant à « *la condition juridique de sujets individualisés, de personnes nommées, nommément désignées* », (« Les actes juridiques de droit administratif », cours de 1956-1957, in *Cours de droit administratif*, T. 2, *op. cit.*, pp. 408-410).

β) L'indifférence de l'immédiateté du lien de validité entre règle conventionnelle et norme individuelle

865. Le refus de consacrer une invocabilité d'exclusion dans les actions formées contre un acte individuel est également motivé par l'interposition d'un acte interne de portée générale entre la norme internationale et l'acte individuel. Cherchant les logiques de l'arrêt *Cohn-Bendit*²⁴⁴⁵, Jean Boulouis expliquait en ce sens que selon le Conseil d'État, « *les mesures individuelles prises par les autorités nationales ne le sont pas en application de la directive dont les dispositions pourraient être directement invoquées à leur encontre. Elles le sont en vertu du droit national qui doit avoir été adapté aux exigences du droit communautaire telles qu'elles ont été définies par la directive ; adaptation qui, elle, peut toujours faire l'objet d'un recours des particuliers, tant par voie d'action que par voie d'exception* »²⁴⁴⁶. Thierry dal Farra présentait une analyse similaire, estimant que « *[l] 'acte individuel n'ayant pas le niveau de normativité approprié, il ne peut, par lui-même, être réputé directement contraire à l'objectif communautaire. Un tel acte ne peut en effet contenir une violation de cet objectif, il peut seulement en être l'indice, dès lors qu'il sera démontré qu'il est une mesure d'application d'une réglementation contraire à la directive* »²⁴⁴⁷. Pourtant, la primauté ne s'arrête pas aux actes concrétisant immédiatement le droit de l'Union. Elle est une règle de résolution des conflits de normes qui peut bel et bien affecter la validité des décisions administratives, en leur qualité de normes. Ainsi que l'a remarqué Michel Troper, « *Kelsen n'a jamais prétendu que les normes trouvaient le fondement de leur validité dans une norme immédiatement supérieure* »²⁴⁴⁸. Dans la théorie de la formation du droit par degré, l'acte administratif individuel a vocation à voir sa validité contrôlée à l'aune des actes qu'il concrétise immédiatement ou médiatement. Autrement dit, la primauté des directives comme du droit conventionnel n'a pas vocation à n'être opposable qu'à ceux des actes internes qui les concrétisent immédiatement.

²⁴⁴⁵ CE, 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, préc.

²⁴⁴⁶ Jean BOULOUIS, « L'applicabilité directe des directives, à propos de l'arrêt Cohn-Bendit du Conseil d'État », *R.M.C.*, 1979, pp. 104-110 (108).

²⁴⁴⁷ Thierry DAL FARRA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité, étude comparée des conceptions de la CJCE et du Conseil d'État », *R.T.D. eur.*, 1992, pp. 631-669 (653).

²⁴⁴⁸ Michel TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », préc., p. 1531.

866. Différents auteurs ont su prouver que cette entorse à la logique juridique n'est pas propre au droit de l'Union. En effet, Thierry-Xavier Girardot et Didier Chauvaux remarquent que l'emploi d'une loi comme norme de référence dans le contentieux de la légalité est manifestement impossible dès lors que celle-ci nécessite des mesures réglementaires d'application²⁴⁴⁹. Mais l'analogie avec les dispositions constitutionnelles et législatives imprécises est devenue incertaine depuis la jurisprudence *Commune d'Annecy* qui, rendant hommage à la logique juridique défendue par le Commissaire du gouvernement Aguila, leur a reconnu une invocabilité d'exclusion. D'une part, l'affirmation selon laquelle la charte de l'environnement et le préambule de 1946 « s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs »²⁴⁵⁰ pourrait induire la possibilité de contester des actes administratifs individuels sur le fondement des dispositions constitutionnelles dépourvues d'effet direct²⁴⁵¹. D'autre part, l'assimilation de la condition des actes conventionnels non concrétisés à celles des dispositions législatives qui appellent des actes réglementaires d'exécution apparaît fallacieuse. Certes, l'absence d'un acte réglementaire de concrétisation peut faire obstacle à l'application de la loi. Cependant, dans l'hypothèse où cette application est « manifestement impossible »²⁴⁵² en l'absence d'un tel règlement, c'est l'entrée en vigueur de la disposition législative, et donc sa qualité de paramètre de la légalité, qui se voit neutralisée²⁴⁵³. Il n'est en revanche pas question

²⁴⁴⁹ Thierry-Xavier GIRARDOT, Didier CHAUVAUX observent ainsi que « [l]e Conseil a en fait appliqué dans cette matière un raisonnement qui lui est familier dans un autre domaine. Il a attribué à la directive non transposée le même statut qu'à la loi dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'intervention de mesures réglementaires d'application. Tant que ces mesures ne sont pas intervenues, la loi n'est pas en vigueur et le juge ne peut pas procéder à une confrontation directe entre ses dispositions et un acte individuel. Mais elle a néanmoins pour effet d'obliger le gouvernement à prendre dans un délai raisonnable des décrets d'application. Le Conseil d'État censure le refus de le faire », (« Conséquences de l'incompatibilité de la législation française en matière de TVA avec le droit communautaire », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 980-989 (1985)).

²⁴⁵⁰ CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc.

²⁴⁵¹ À cela rien de certain toutefois dès lors que le commissaire du gouvernement Yann AGUILA proposait qu'« il [soit] parfaitement possible d'invoquer ces principes constitutionnels à l'encontre des lois ou des règlements », induisant en creux l'idée qu'une telle invocabilité est exclue quand un acte individuel est attaqué, (« La valeur Constitutionnelle de la charte de l'environnement », conclusions sur CE, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, préc., p. 1157).

²⁴⁵² CE, ass., 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, *Leb.* p. 172 ; CE, 16 juin 1967, *Monod*, *Leb.* p. 256 ; CE, sect., 4 juin 2007, *Lagier, Consorts Guignon*, n°303422, *Leb.* p. 779.

²⁴⁵³ C'est ce qui ressort en creux de l'arrêt RFF de 2009 qui dispose « qu'à moins que leur exécution soit impossible en l'absence de mesures réglementaires d'application, des dispositions législatives nouvelles entrent en vigueur, sauf si elles en disposent autrement, le lendemain de leur publication au Journal officiel » : CE, sect., 6 novembre 2009, *Réseau Ferré de France*, n°296011, *Leb.* p. 439, com. Fabrice MELLERAY, « Une disposition législative muette sur ses conditions d'entrée en vigueur et ne nécessitant pas de mesures réglementaires d'application n'est pas pour autant toujours immédiatement applicable », *Droit administratif*, 2010, n°1, pp. 28-29 ; V. également, Luc DEREPA, « Les recours des caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable : l'avis du juge sur la portée des modifications opérées par la loi du 21 décembre 2006 », *R.D.S.S.*,

d'affirmer que l'entrée en vigueur d'une directive ou d'une règle conventionnelle est conditionnée par l'édition d'un acte national d'application par l'État auxquelles elles s'imposent.

867. Au total, l'invocabilité d'exclusion devrait offrir aux justiciables la possibilité de provoquer l'exercice du contrôle de conventionnalité par la Cour de justice et le Conseil d'État français lorsqu'il y a doute de la conformité d'une norme individuelle à une obligation conventionnelle. Il existe en effet un lien de validité entre ces deux actes qui justifie d'étendre l'applicabilité de cette forme d'invocabilité aux conflits nés de leur incompatibilité.

γ) Opportunité de l'applicabilité de l'invocabilité d'éviction aux actions en contestation de la conventionnalité des normes individuelles

868. Une norme individuelle peut, tout aussi bien qu'une norme impersonnelle, méconnaître une prescription conventionnelle. Réserver l'invocabilité de la norme dépourvue d'effet direct à la contestation de la seconde revient finalement à considérer qu'« *un acte individuel ne fait pas à proprement parler de la réglementation, et ne saurait à lui seul contrarier [son] objectif* »²⁴⁵⁴. Pourtant, l'essence normative des actes individuels leur donne vocation à modifier le système juridique dans lequel ils sont édictés. Cette modification revêt simplement un relief variable selon qu'est en cause un acte impersonnel ou individuel, étant entendu que « *la règle est hypothétique et générale ; la décision est catégorique et*

2007, pp. 680-695 ; cette neutralisation est également perceptible, de manière implicite, dans l'arrêt *Monod* dans lequel le juge administratif affirme « *qu'il ne résulte pas du dossier que l'application, dans la formation à laquelle les jeunes gens visés par l'article 1^{er} de la loi du 21 décembre 1963 sont affectés, des dispositions du décret alors en vigueur du 1^{er} avril 1933 sur la discipline générale de l'armée ait été manifestement impossible avant qu'intervienne un règlement destiné à fixer les modalités de cette application ; qu'ainsi la discipline générale des forces armées a été en vigueur dans la formation dont il s'agit dès la constitution de cette dernière* ». À rebours, si l'application de la loi du 21 décembre 1963 avait été manifestement impossible sans l'intervention d'un règlement destiné à en préciser les modalités d'application, elle ne serait pas entrée en vigueur : CE, 16 juin 1967, *Monod*, préc.

²⁴⁵⁴ Denis ALLAND, « L'application du droit international considéré du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame ? », préc., p. 242 ; Olivier DUBOS soutient également qu'« *un acte administratif individuel peut méconnaître de la même manière qu'un acte réglementaire les objectifs de la directive. Si un citoyen qui a un intérêt à agir peut se prévaloir des objectifs de la directive pour obtenir l'annulation d'un acte réglementaire étranger au processus de transposition, il semble cohérent que le destinataire d'un acte administratif individuel puisse également invoquer un tel moyen* », (« L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster*) », préc., p. 573).

concrète »²⁴⁵⁵. Or, dans l'État de droit, les autorités normatives qui émettent des règles de droit, quelle que soit leur nature, sont tenues de respecter le corpus de normes qui constitue leur ordre juridique d'appartenance. Aussi le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte individuel doit garantir le principe de légalité dans les mêmes conditions que le recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte impersonnel. Le régime de l'invocabilité des normes de référence n'a donc pas, en toute logique, vocation à varier selon la nature de l'acte attaqué. Olivier Dubos et David Katz ne signifient pas autre chose lorsqu'ils expliquent que « [1] *invocabilité d'éviction est ainsi une conséquence de la seule primauté du droit communautaire [...]. Autrement dit, dans cette conception, l'invocabilité d'éviction n'est que la conséquence d'une confrontation d'une norme objective au regard de la directive et de l'application d'une règle de conflit de normes (la primauté). Dès lors, il apparaissait finalement étrange que le juge administratif refuse que la directive puisse être invoquée directement à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel. Que ce dernier soit ou non créateur de droit subjectif, [...] il reste, en effet, toujours une dimension objective dans l'examen auquel se livre le juge dans la mesure où le recours exercé (quel qu'il soit) ne pose rien d'autre qu'une question de légalité. Pour obtenir l'annulation de l'acte, il n'est donc nul besoin de démontrer l'effet direct de la directive* »²⁴⁵⁶.

869. Les termes du raisonnement ici développé à propos de l'invocabilité d'exclusion des directives peuvent être étendus aux normes conventionnelles, à cette nuance près que la règle de primauté qui s'appliquerait à elles ne trouverait pas sa source dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, mais dans l'article 55 de la Constitution française. De la même manière, l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, qui consacre la prévalence des accords internationaux liant l'Union sur le droit dérivé, permettrait de la même manière de fonder l'invocabilité d'exclusion de ces instruments conventionnels dans le cadre du contrôle de la conventionnalité des actes individuels édictés par les institutions de l'Union. La seule hypothèse dans laquelle le maintien de la conditionnalité d'effet direct apparaît opportune réside dans les litiges triangulaires précédemment analysés²⁴⁵⁷. Dans le cadre ceux-ci, un particulier conteste la légalité d'un acte individuel dont il n'est pas le destinataire et qui attribue un droit à un tiers. Dans cette configuration contentieuse, le Conseil d'État n'est plus

²⁴⁵⁵ Pierre MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, op. cit., p. 684.

²⁴⁵⁶ Olivier DUBOS, David KATZ, « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'État », préc., p. 24.

²⁴⁵⁷ V. *supra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2), a).

un juge du droit, mais un juge des droits, dans la mesure où il est appelé à trancher un litige né de l'existence de droits individuels qui entrent en conflit. De sorte qu'il doit prendre en considération la nécessité de protéger la stabilité de la situation juridique du destinataire de l'acte²⁴⁵⁸. C'est pourquoi la légalité de cet acte ne doit pouvoir être contestée que sur le fondement d'une norme conventionnelle dotée de l'effet direct, porteuse d'un droit subjectif affecté par son édicition.

870. L'invocabilité d'éviction offrirait aux personnes privées la possibilité d'obtenir la résolution des conflits normatifs et, par là, la cohérence de leur ordre juridique d'appartenance. Les normes conventionnelles en vigueur étant alors appliquées en vertu de leur primauté, leur champ d'application s'affirmerait comme la seule frontière à leur justiciabilité. Il s'agit maintenant de délimiter les contours du régime juridique du contrôle de légalité qui serait exercé sur le fondement de cette nouvelle forme d'invocabilité.

²⁴⁵⁸ Pour une présentation de la nécessaire prise en considération de la sécurité juridique dans la détermination des principes régissant l'invocabilité du droit conventionnel, V. *supra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2), a)

Section 2 : La mise en œuvre de l'invocabilité d'exclusion : L'annulation des effets juridiques des actes manifestement inconventionnels

871. Le respect de la hiérarchie des normes et la promotion de la cohérence de l'ordre juridique ne commandent pas la mise à l'écart de toutes les valeurs sous-jacentes au projet politique dont il est le support. Ces valeurs doivent notamment être prises en considération dans la détermination de l'intensité du contrôle de conventionnalité et des effets du jugement d'inconventionnalité sur la norme attaquée²⁴⁵⁹. La neutralité axiologique de l'approche kelsénienne de la hiérarchie des normes²⁴⁶⁰, sur laquelle se fonde l'invocabilité d'éviction, doit à ce titre être conjuguée avec certaines valeurs, au premier rang desquelles se situe l'équilibre des pouvoirs.

872. Cet équilibre est à prendre en considération pour définir l'intensité du contrôle de conventionnalité des actes internes, ainsi que les conséquences juridiques qu'il convient de tirer de la violation d'une prescription conventionnelle par une norme législative ou administrative. Lorsqu'un justiciable fait usage de l'invocabilité d'éviction pour se prévaloir d'une norme imprécise, l'intensité du contrôle exercé doit se limiter à l'erreur manifeste d'appréciation, dans la mesure où la recherche de la cohérence de l'ordre juridique doit être conciliée avec l'équilibre des pouvoirs. L'intensité minimale du contrôle permet de prévenir une ingérence de l'autorité juridictionnelle dans la marge d'appréciation laissée aux pouvoirs législatif et exécutif pour mettre en œuvre les accords internationaux (§ 1). Dans l'hypothèse où une inconventionnalité manifeste est constatée, ses conséquences doivent également permettre de concilier les exigences respectives de l'équilibre des pouvoirs, tenant à l'immixtion modérée du juge dans la sphère des autorités normatives politiques, et du principe

²⁴⁵⁹ Le positivisme kelsénien s'est vu reproché par Olivier DE FROUVILLE « de ne pas prêter assez attention aux valeurs qui informent le droit. En créant un système parfaitement formel », il « emmène à un degré d'abstraction avec les liens qu'il entretient de facto avec les structures sociales et politiques. Ce faisant, il le prive d'un élément de critique fondamental en rendant son examen absolument imperméable aux conceptions du juste et de l'injuste », (« Une conception démocratique du droit international », *R.E.S.S.*, 2001, pp. 101-144 (115)).

²⁴⁶⁰ Rappelons que Kelsen revendique le « caractère radicalement antimétaphysique et anti-idéologique » de sa méthode de description du droit, (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 202). Une lecture de la préface de la *Théorie pure du droit* permet toutefois de mettre en doute la parfaite neutralité idéologique du projet. L'auteur écrit : « si j'ose néanmoins en une telle époque présenter la synthèse de mes travaux sur le problème du droit [...], c'est avant tout parce que je veux, au milieu du tumulte sauvage de notre temps, que de plus jeunes générations ne cessent pas entièrement de croire en une science juridique libre », (*ibid.*, p. XI).

de légalité, tenant à la prévalence des traités sur les normes que ces autorités produisent²⁴⁶¹. L'effet du jugement d'inconventionnalité d'un acte juridique doit à cet égard être défini en prenant en considération la légitimité démocratique dont est détentrice l'autorité normative qui l'a émis. Les sorts réservés par les juridictions internes aux actes administratifs et législatifs inconventionnels sont ainsi distincts. Les premiers sont privés de leur validité, tandis que les seconds sont seulement jugés inapplicables au litige (§ 2).

§ 1. L'intensité du contrôle : l'inconventionnalité réservée aux cas d'antinomies manifestes

873. Le défaut de justiciabilité des accords internationaux dépourvus d'effet direct permet la persistance de contradictions normatives dans les ordres juridiques français et de l'Union dont elles affectent la cohérence. Mais, pour reprendre les termes de Robert Kovar, l'incohérence « est souvent le résultat d'un renoncement subi sous la contrainte d'une nécessité »²⁴⁶². Cette nécessité réside dans le maintien de l'équilibre des pouvoirs qui induit une réticence des juges à s'immiscer dans la sphère de la loi. Le principe d'équilibre des pouvoirs limite l'exercice du contrôle juridictionnel de la conformité du droit d'origine interne aux normes conventionnelles indéterminées. Un tel contrôle exige du juge qu'il se livre à une interprétation clarifiant la substance de ces obligations conventionnelles imprécises, et se rapproche pour cela de l'exercice du pouvoir de concrétisation des traités qui est traditionnellement confié aux autorités législative et exécutive²⁴⁶³. Aussi apparaît-il nécessaire de limiter l'intensité du contrôle de conventionnalité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des autorités normatives françaises et de l'Union européenne. Le Conseil d'État et la Cour de justice ne pourraient en cette hypothèse s'approprier le pouvoir de concrétisation du droit conventionnel, réservé aux autorités législatives et exécutives. Ils se

²⁴⁶¹ Michel VIRALLY a bien exprimé la prudence dont doivent faire preuve les juristes appelés à trancher les conflits nés des exigences antinomiques de la légalité et de la légitimité : « [i]l est difficile de trancher le débat ouvert, [...] entre légalité et légitimité. Il serait imprudent de le faire, croyons-nous, d'entrée de jeu, comme le font les positivistes au profit de la légalité, au nom d'un principe considéré comme évident ou établi, mais qui n'est qu'un postulat : la supériorité du point de vue formel sur le fond du droit, c'est-à-dire les valeurs qui s'y trouvent exprimées », (*La pensée juridique, op. cit.*, p. 147).

²⁴⁶² Robert KOVAR, « Eloge tempéré de l'incohérence », in Valérie MICHEL, (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence, op. cit.*, pp. 41-46 (41).

²⁴⁶³ John H. JACKSON, « Status of Treaties in Domestic Legal System : a policy analysis », préc., pp. 324-325.

limiteraient à vérifier que les normes édictées par ces autorités normatives entrent dans la large marge d'appréciation qui leur est offerte par la règle conventionnelle imprécise.

874. Le refus de l'effet direct constitue actuellement un instrument de préservation du produit juridique inconstitutionnel du législateur et de l'administration (A). Si cette politique jurisprudentielle venait à être abandonnée au profit de l'invocabilité d'éviction, il conviendrait de limiter le prononcé de jugement d'inconstitutionnalité aux seuls cas d'incompatibilité manifeste entre règles conventionnelles et législatives (B).

A. Le maintien de l'équilibre des pouvoirs, motif actuel de violation de la primauté du droit conventionnel dépourvu d'effet direct

875. Le principe d'équilibre des pouvoirs constitue une limite à l'application juridictionnelle des accords internationaux. Il est un motif important du refus opposé par le Conseil d'État et la Cour de justice à l'invocabilité d'éviction du droit conventionnel. La libéralisation des conditions d'exercice du contrôle de conventionnalité du droit d'origine interne est parfois perçue comme un péril pour le principe démocratique qui attribue aux organes élus la fonction d'exécuter les obligations conventionnelles. Pour certains auteurs, comme Pascal Puig, l'application juridictionnelle du principe de primauté des accords internationaux doit céder face à ce principe démocratique : *« une place peut être réservée à une hiérarchie substantielle des normes dont le respect, quoique souhaitable, ne constitue plus un impératif absolu. Son autorité, en effet, ne tient pas à la nécessité de préserver la cohérence d'un système juridique mais repose uniquement sur la volonté politique de garantir le respect de certaines règles jugées essentielles pour la société. C'est pourquoi l'application de ce principe peut demeurer contingente et céder, le cas échéant, devant des préoccupations supérieures »*²⁴⁶⁴. Cette hiérarchie des préoccupations – des valeurs – conduit l'auteur à plaider en faveur de l'inapplication du droit conventionnel contraire aux lois, en dépit de la prévalence hiérarchique du premier sur les secondes. Il se joint à une méfiance commune à de nombreuses juridictions internes *« envers les traités internationaux [qui] s'interprète parfois comme une réaction au fait que le pouvoir de*

²⁴⁶⁴ Pascal PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », préc., pp. 784-785.

conclure les traités internationaux relèverait de petites élites de la société, qui agiraient sous la pression de groupes de lobbying, sans la participation des élus politiques »²⁴⁶⁵.

876. Les juridictions internes prennent appui sur ces prétendues carences démocratiques de la source conventionnelle pour construire une nouvelle forme de dualisme dans laquelle l'effet direct conditionne ses effets juridiques dans l'ordre interne (1). Ce défaut d'accès des règles conventionnelles au rang de paramètre de la légalité interne²⁴⁶⁶ ne rend pas justice à la hiérarchie des normes et affecte la cohérence des ordres juridiques français et de l'Union européenne (2).

1) Identification de l'effet direct comme instrument de garantie de l'équilibre des pouvoirs

877. L'effet direct est intimement lié à la doctrine de la séparation des pouvoirs qui constitue l'un de ses principaux fondements²⁴⁶⁷. Les juridictions françaises et de l'Union européenne s'appuient sur la structure démocratique de leur ordre juridique pour justifier l'examen de l'effet direct des normes conventionnelles dont la violation est soulevée devant elles (a). Ce procédé peut être critiqué dans la mesure où il fait abstraction de la légitimité démocratique du pouvoir constituant qui a au contraire imposé la soumission des autorités normatives internes aux prescriptions portées par les accords internationaux (b).

²⁴⁶⁵ Jiří MALENOVSKÝ, « La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga trentenaire de la domestication du droit international public », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 38.

²⁴⁶⁶ Ce principe connaissant pour exception la doctrine *Nakajima*, V. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

²⁴⁶⁷ Sacha PRECHAL écrit : « *Justiciability may be regarded as a technical-legal issue, but is also intimately linked with the doctrine of separation of powers. In fact, this doctrine is one of the most important foundations of the concept of direct effect* », », (Direct effect reconsidered, redefined and rejected », in *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, op. cit., p. 22). Traduction : « La justiciabilité peut être regardée comme un problème de technique juridique, mais elle est également intimement liée à la doctrine de la séparation des pouvoirs. De fait, cette doctrine est l'un des fondements les plus importants du concept d'effet direct ».

a) Constat

878. Le principe d'équilibre des pouvoirs peut entrer en conflit avec l'organisation hiérarchisée de l'ordre juridique ayant adhéré aux principes de l'État de droit. L'effet direct est en effet employé par le juge pour faire échec à l'invocabilité au droit international, afin de ne pas s'immiscer dans la sphère de pouvoir des organes démocratiquement élus²⁴⁶⁸. Cette tension entre deux principes cardinaux du droit constitutionnel des grandes démocraties occidentales est mise en évidence par Evelyne Lagrange dans son cours à l'académie de droit international de la Haye. Elle relève ainsi que, d'un côté, « *l'altération du système constitutionnel de séparation des pouvoirs aux fins de favoriser l'application effective des normes internationales réveille le spectre du gouvernement des juges, a fortiori si cette altération procède uniquement d'une réinterprétation prétorienne des normes constitutionnelles. D'un autre côté, des juges prisonniers d'un système interne de distribution et de contrôle du pouvoir qui n'évoluerait pas parallèlement aux formes que prend l'action normative de l'État, ou trop lentement, pourraient figer un ensemble d'obstacles institutionnels et procéduraux ou de lacunes constitutionnelles fatals à l'efficacité des normes auxquelles l'État est supposé avoir consenti pour qu'elles s'appliquent aux personnes privées dans son ordre juridique* »²⁴⁶⁹.

879. La participation des parlementaires à l'élaboration de la loi lui offre une onction démocratique qui fait défaut à la source internationale. En appliquant une stipulation conventionnelle qui prime sur la loi, le juge met donc en cause la volonté des représentants de la souveraineté nationale sur le fondement d'une règle qui n'est pas dotée de la même charge démocratique. Dans le même temps, il se substitue aux autorités exécutive ou législative dans

²⁴⁶⁸ André NOLLKAEMPER met en évidence cette vocation de l'effet direct à protéger le produit juridique du corps politique dans les ordres juridiques chinois et des États-Unis : « *direct effect freezes the separation of powers by protecting political branches from review on the basis of international law. For instance, although Article VI of the US Constitution says that Treaties are the supreme law of the land, the self-executing treaties doctrine imposes restriction on judicial enforcement. In China, even though the situation appears to be that treaties as such are part of Chinese law, the fact that human rights treaties lack direct effect makes the courts powerless to give effect to such treaties...* », (*National Courts and the International Rule of Law, op. cit.*, p. 133). Traduction : « L'effet direct gèle la séparation des pouvoirs en protégeant l'action des autorités politiques du contrôle de légalité fondé sur le droit international. Par exemple, bien que l'article VI de la Constitution des États-Unis affirme que les traités soient la source suprême du droit interne, la doctrine des traités *self-executing* impose une restriction à leur application juridictionnelle. En Chine, même si en apparence les traités font partie intégrante du droit interne, le fait que les droits de l'homme soient dépourvus d'effet direct rend les juridictions impuissantes à accorder des effets à ces traités... ».

²⁴⁶⁹ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 320.

l'exercice du pouvoir de concrétisation du droit conventionnel incomplet. Ces propriétés du contrôle de conventionnalité fondent la doctrine de l'effet direct, ce que le Chief Justice Marshall a mis en évidence en 1827, en jugeant que « *when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department ; and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court* »²⁴⁷⁰. Une telle assertion soutient l'opportunité du filtrage étroit de l'invocabilité au moyen d'une attribution limitée de l'effet direct au droit conventionnel²⁴⁷¹.

880. Ce lien tissé entre exigence de complétude de la norme conventionnelle et garantie de l'équilibre des pouvoirs se trouve également dans la jurisprudence de la Cour de justice. Le juge Edward a ainsi indiqué que l'examen effectué par la Cour du caractère clair et inconditionnel de la décision 3/80²⁴⁷² du Conseil d'association CEE-Turquie lors de l'arrêt *Taflan-Met*²⁴⁷³ traduisait son adhésion à la doctrine Marshall. Il a observé qu'une obligation lie les États parties, mais que celle-ci réclame l'édiction d'un acte législatif complémentaire pour que ses prescriptions puissent s'imposer dans la sphère juridictionnelle²⁴⁷⁴. Le juge Pescatore désignait également l'effet direct comme un instrument de régulation du pouvoir juridictionnel : « *direct effect appears to be in a way l'art du possible, as from the point of view of Community law it is to be expected that national courts are willing to carry the*

²⁴⁷⁰ Cour suprême des États-Unis, 9 mars 1829, *Foster versus Neilson*, préc.

²⁴⁷¹ Marco BRONCKERS soutient ainsi que, dans la mesure où les accords internationaux priment tant les législations antérieures que postérieures à leur entrée en vigueur, les autorités politiques ne sont pas en mesure de s'extraire d'une interprétation du droit conventionnel délivrée par la Cour. L'auteur en conclut que « *once an international agreement has been granted "direct effect", it imposes an inflexible constraint on the democratic choices of the EC legislature. This is another reason for the European Courts to be cautious about granting "direct effect" to international agreements* », (« From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », préc., p. 896). Traduction : « Une fois que l'effet direct a été attribué à un accord international, il génère une contrainte inflexible sur les choix démocratiques opérés par le législateur de la Communauté. C'est une autre raison pour laquelle les juridictions européennes sont réticentes à accorder l'effet direct aux accords internationaux ».

²⁴⁷² Décision 3/80 du conseil d'association, du 19 septembre 1980, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, préc.

²⁴⁷³ CJCE, 10 septembre 1996, *Z. Taflan-Met, e.a. contre Bestuur van de Nieuwe*, C-277/94, Rec. p. 4085.

²⁴⁷⁴ Le juge Edward observe ainsi que dans *Taflan-Met* : « *there was binding obligation on the contracting parties, but it was one which required further action before it could pass from the sphere of the legislator to the sphere of the judiciary* », (David EDWARD, « Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (Essays in honour of Giuseppe Federico Mancini)*, T. 2, op. cit., p. 437).

operation of the rules of Community law up to the limits of what appears to be feasible, considering the nature of their judicial function »²⁴⁷⁵.

881. Devant le Conseil d'État, cette subordination de l'invocabilité à la contingence de l'acte complémentaire sort renforcée du « *principe bien ancré en droit français selon lequel le pouvoir judiciaire n'est pas source de droit* »²⁴⁷⁶. Dans ses observations présentées à l'occasion de l'affaire *GISTI et FAPIL*, le ministère des affaires étrangères avertissait le Conseil d'État que l'extension de l'invocabilité du droit conventionnel « *risquerait d'investir le juge d'une fonction de nature législative lorsque les stipulations des conventions ont un caractère très général* »²⁴⁷⁷. Cette critique est le trait saillant de ce que Evelyne Lagrange a présenté comme « *la résurgence d'un dualisme qui prend prétexte, et du principe de légitimité démocratique, et des progrès de l'État de droit, pour rétablir une frontière entre le droit international et le droit interne qui ne sinue plus entre leurs objets et destinataires propres, mais entre leurs vertus et carences démocratiques et constitutionnelles respectives* »²⁴⁷⁸. Ce principe accordant aux autorités normatives investies d'une légitimité démocratique un pouvoir exclusif de mise en œuvre des obligations d'origine internationale imprécises se concilie mal avec l'ouverture au droit conventionnel des systèmes constitutionnels français et de l'Union européenne.

b) Critique

882. Il peut être allégué, comme le soutint Boris Mirkine-Guetzévitch, que l'argument démocratique plaide en faveur de la soumission du droit d'origine interne aux règles conventionnelles, dès lors que « *[l]a structure juridique de l'État constitutionnel et démocratique s'oppose à la violation des règles de droit international ; au contraire une violation d'un traité ne trouve pas dans l'État despotique le contrepoids nécessaire* »²⁴⁷⁹. Les

²⁴⁷⁵ Pierre PESCATORE, « The doctrine of direct effect: An infant disease of Community Law », préc., p. 176. Traduction : « L'effet direct s'apparente à une forme de *l'art du possible*, car du point de vue du droit communautaire, il est attendu des juridictions nationales qu'elles accordent aux règles communautaires autant d'effets qu'il leur est possible de leur attribuer, compte tenue de leur fonction juridictionnelle ».

²⁴⁷⁶ Hélène TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet des engagements internationaux », préc., p. 157.

²⁴⁷⁷ DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, « observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* », préc., p. 12.

²⁴⁷⁸ Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 313.

²⁴⁷⁹ Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933, p. 17.

fondements d'une telle assertion paraissent toutefois friables. Attacher à la nature démocratique d'un système juridique l'effet de soumettre les normes qui en relèvent au droit international revient à lier une discipline juridique à un mode d'organisation politique ; ce qui ne saurait être admis sans imputer à la démocratie et au droit international, des valeurs morales²⁴⁸⁰ dont elles ne sont pas nécessairement vêtues.

883. Nous retiendrons seulement que la soumission du droit national au droit conventionnel a été démocratiquement consentie par le pouvoir constituant dans l'ordre juridique français²⁴⁸¹. La prétendue « *position de faiblesse* » dans laquelle se trouverait la France « *par rapport aux États dualistes* »²⁴⁸² n'est en effet que le prolongement d'un choix démocratiquement opéré par le pouvoir constituant originaire²⁴⁸³. En outre, l'État ne saurait

²⁴⁸⁰ Evelyne LAGRANGE observe que cette lecture morale du droit international « *prend sa source chez Kant, qui voit dans l'avènement d'un droit cosmopolitique, dans la soumission volontaire des Républiques à un droit commun et dans le bannissement de la guerre autant de conditions de réalisation de la liberté, et donc une nécessité* », (« L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 276). Elle est prolongée par Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI et Ramses WESSEL qui mettent en évidence le conflit entre le droit international appréhendé comme formalisation des valeurs humaines transcendant les intérêts des Nations et les exigences de démocratie et de respect des droits fondamentaux : « *From an outward perspective, international law is seen as the legal expression of common values of mankind, which are to prevail over parochial values of the single legal order. From an inward perspective, domestic legal orders are seen as the realm of democracy and the rule of law, whose positive value are to prevail over the brutal reality of the international arena, dominated by the notion of raison d'État* », (« Introduction », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, op. cit., pp. 1-3 (2)). Traduction : « D'un point de vue externe, le droit international est considéré comme l'expression juridique des valeurs communes de l'humanité, qui l'emportent sur les valeurs paroissiales de l'ordre juridique isolé. D'un point de vue interne, les ordres juridiques nationaux sont considérés comme les sanctuaires de la démocratie et de l'État de droit, dont les vertus l'emportent sur la réalité brutale de la scène internationale, encore dominée par la notion de *raison d'État* ».

²⁴⁸¹ Evelyne LAGRANGE remarque en ce sens que « [s]'interroger sur la liberté individuelle ou l'obligation morale des personnes privées de chercher à faire prévaloir les normes internationales sur la loi nationale démocratiquement approuvée [...] n'a pas grand sens. [...] la difficulté est résolue... démocratiquement au moment de l'adoption d'une nouvelle constitution » (« L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 310).

²⁴⁸² DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, « observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* », préc., p. 12.

²⁴⁸³ Un tel consentement peut cependant trouver sa limite dans le recours aux clauses de sauvegarde du standard national de protection des droits de l'Homme, qui ne dure jamais « *que le temps que durent les carences de l'ordre international* », (Evelyne LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », préc., p. 314). Mais dans cette hypothèse, c'est une norme de nature constitutionnelle qui justifie l'inapplication du droit conventionnel. Sont en cause les clauses de sauvegarde désormais employées par les différentes juridictions suprêmes européennes pour faire obstacle à l'application du droit extranational contraire aux standards minimum de protection des droits fondamentaux de leur ordre juridique. Cour constitutionnelle allemande, jurisprudence dite *Solange II* du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83 ; jurisprudence dite *Solange III* du 7 juin 2000, 2 BvL 1/97 ; 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 (BVerG 89, 155, II) ; Conseil constitutionnel français, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, no 2004-496 DC (décision complétée par les décisions n°2004-498 DC du 29 juillet 2004 et n°2006-540 DC du 27 juillet 2006) ; CE, ass., 8 février 2007, *Société ARCELOR Atlantique et Lorraine*, n°287110, *Leb.* p. 55 ; Tribunal constitutionnel polonais, 2 avril 2005, décision P 1/05 ; CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord*, préc.

tirer motif de son système interne de séparation des pouvoirs pour justifier la commission d'un fait internationalement illicite engendré par l'inapplication d'une norme internationale²⁴⁸⁴. En définitive, l'argument retiré de l'équilibre des pouvoirs pour légitimer le refus opposé par les organes juridictionnels à l'application des normes conventionnelles imprécises n'emporte pas la conviction. Il n'a d'ailleurs pas été retenu pour ce qui concerne le droit coutumier, qui est invocable même sans effet direct²⁴⁸⁵, alors que cette source ne bénéficie d'une légitimité démocratique équivalente à celle accordée au droit conventionnel par la procédure de ratification parlementaire²⁴⁸⁶.

884. Il n'est en revanche pas contestable que le progrès de l'invocabilité du droit conventionnel induit des réticences des autorités publiques à conclure de nouveaux accords internationaux²⁴⁸⁷. On notera simplement ici que les institutions politiques sont libres de convenir du défaut d'invocabilité des accords qu'ils négocient²⁴⁸⁸. Ce n'est qu'en l'absence d'une telle clause que les juges se prononcent sur l'invocabilité du droit conventionnel²⁴⁸⁹. Il appartient alors aux institutions politiques d'adopter une posture proactive et d'incorporer aux

²⁴⁸⁴ Jean MATRINGE, « Note sous Conseil d'État, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)* », préc., p. 941.

²⁴⁸⁵ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pt. 110 ; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 52.

²⁴⁸⁶ Pieter Jan KUIJPER relève que « *there always is a problem of democratic legitimacy with customary international law since, unlike treaty, it has probably never been approved by legislative power. However the Court has never mentioned this problem. This is somewhat surprising given the attention that the Court has given to the question of the relation between the different institutions, when direct effect is an issue* », (« *It shall contribute ... the Strict Observance and Development of International Law* » – *The Role of the Court of justice* », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., p. 603). Traduction : « le problème de la légitimité démocratique du droit international coutumier est permanent puisque, à la différence d'un traité, il n'a probablement jamais été approuvé par le pouvoir législatif. Pourtant, la Cour n'a jamais évoqué ce problème. C'est d'une certaine manière surprenant compte tenu de l'attention que la Cour porte à la question des relations interinstitutionnelles, quand l'effet direct est en question ».

²⁴⁸⁷ Panos KOUTRAKOS remarque ainsi que « *the extent to which domestic courts are prepared to enforce international agreements undertaken by the Community and the Member States may determine the extent to which the latter are prepared to undertake such commitments, hence affecting international negotiations* », (*EU International Relations Law*, op. cit., p. 242). Traduction : « la propension des juridictions internes à appliquer les engagements internationaux conclus par la Communauté et les États membres peut déterminer la propension de ces derniers à consentir de tels engagements, ce qui affecte par conséquent les négociations internationales ».

²⁴⁸⁸ Il convient de noter qu'il ressort de l'arrêt *Pupino* que le simple fait de dénier expressément l'effet direct à un acte juridique – en l'occurrence une décision-cadre – n'empêche pas que celui-ci puisse être invoquée afin d'interpréter le droit interne à la lumière : CJCE, 16 juin 2005, *Procédure pénale contre Maria Pupino*, préc., pts. 41-43. Si bien que, par extension, au-delà d'une simple clause prévoyant le défaut d'effet direct de l'accord international, il faudrait encore qu'une de ses stipulation exclut plus généralement son invocabilité pour qu'il ne puisse constituer un référentiel d'interprétation du droit interne devant les juridictions françaises ou de l'Union.

²⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 225.

accords internationaux qu'elles appréhendent comme des déclarations d'intention politique une clause signifiant leur volonté de ne pas leur offrir l'invocabilité devant les juridictions internes²⁴⁹⁰. L'Union européenne a récemment et pour la première fois agi de la sorte en excluant explicitement l'effet direct de certaines des stipulations de l'accord de libre échange conclu avec la Corée²⁴⁹¹, ainsi que de l'ensemble des stipulations de l'accord commercial conclu avec la Colombie et le Pérou²⁴⁹².

2) L'usage de l'effet direct comme instrument de garantie de l'équilibre des pouvoirs

885. La jurisprudence du Conseil d'État est imprégnée d'une défiance vis-à-vis de la source conventionnelle. Sa primauté est régulièrement privée d'effet par la récusation de l'invocabilité de certaines stipulations susceptibles de mettre en cause l'applicabilité de la loi. Ces réticences du juge administratif à sanctionner l'inconventionnalité des lois, en jouant notamment sur le levier de l'invocabilité, a conduit à un phénomène de concentration des accords internationaux dont la violation est susceptible de fonder l'inapplication des actes législatifs. Ainsi, force est de constater qu'en l'état actuel de la jurisprudence administrative, seuls la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne bénéficient pleinement du déploiement des effets de la jurisprudence *Nicolo*²⁴⁹³.

886. Une des illustrations les plus fameuses de l'instrumentalisation de l'effet direct afin d'éviter le jugement d'inconventionnalité est fourni par la saga de l'examen de la conformité

²⁴⁹⁰ Peter Jan KUIJPER, ancien directeur du service juridique de l'équipe relations extérieures de la Commission, observe que la question de l'invocabilité des accords internationaux est rarement abordée lors des négociations internationales, (Marco BRONCKERS, Pieter-Jan. KUIJPER, « WTO Law in the European Court of Justice », préc., p. 1320).

²⁴⁹¹ Il s'agit notamment des engagements pris dans les secteurs des services dont l'annexe 7-A-4 de l'accord de libre échange indique qu'ils « n'ont pas d'effet automatique et ne confèrent donc aucun droit directement à des personnes physiques ou morales » : Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part. 16 septembre 2011, 2011/265/UE.

²⁴⁹² L'article 336 de cet accord stipule que « *Nothing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons, other than those created between the parties under public international law* » : Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Pérou, d'autre part, conclu le 13 avril 2011, non encore publié. Traduction : « Rien dans cet accord ne doit être interprété comme conférant des droits ou imposant des obligations à des personnes, autres que ceux créés entre des parties en droit international public ». V. Marc MARESCEAU, « The Court of Justice and Bilateral Agreements », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, op. cit., pp. 693-717 (716-717).

²⁴⁹³ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, préc.

du régime législatif de l'accouchement sous x avec la Convention de New York sur les droits de l'enfant. L'article 7 de la Convention sur les droits de l'enfant dispose que « [l]’enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d’acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux ». À l'évidence, il ne semble pas s'accorder avec l'article 341-1 du code civil aux termes duquel « [l]ors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ». Le Comité des droits de l'enfant a d'ailleurs jugé que les quelques États qui, comme la France, ont admis le secret des origines à l'occasion des procréations médicalement assistées ou des accouchements sous x méconnaissent l'article 7²⁴⁹⁴. Dès lors, permettre aux requérants individuels de se prévaloir en justice de cette disposition aurait créé un environnement favorable à une déclaration d'inapplicabilité de l'article 341-1 du code civil. Cette appréciation négative du Comité des droits de l'enfant à propos du système français d'accouchement sous x a conforté les réticences du Conseil d'État à reconnaître l'invocabilité de l'article 7 de la Convention de New York. La plus haute juridiction administrative n'est en effet pas disposée à déclarer inapplicable une disposition de « la constitution civile des français »²⁴⁹⁵ et a pour cette raison écarté l'effet direct de l'article 7 de la Convention de New York²⁴⁹⁶. Selon Nicolas Maziau, il ressort de cette jurisprudence que « la Haute juridiction se montre déférente vis-à-vis du législateur dans l'application de la supériorité des normes internationales sur les lois. Cette constatation semble provoquer une certaine “autolimitation” du juge administratif dans le contrôle de conventionnalité »²⁴⁹⁷.

887. Les arrêts à l'occasion desquels le Conseil d'État s'est opposé à l'invocabilité de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant ont été rendus lors de litiges relatifs à des mesures de reconduite à la frontière, sans lien avec la problématique de

²⁴⁹⁴ Comité des droits de l'Enfant, 5 juin 1998, *Observations finales du Comité des droits de l'Enfant*, U.N. Doc, CRCONTRECONTRE15Add.92 ; V. à ce sujet, Jean DHOMMEAUX, « Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la Convention relative aux droits de l'enfant », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle. Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 553-580 (569).

²⁴⁹⁵ Jean CARBONNIER, « Le code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *R.R.J.*, 1981, pp. 327-336.

²⁴⁹⁶ Il est à noter que le Conseil d'État n'a pas l'apanage de la révérence vis-à-vis du Code civil puisque, comme l'a relevé Ronny ABRAHAM, derrière les réticences de la Cour de cassation à attribuer l'effet direct à la CIDE, « il y a en grande partie des raisons d'opportunité plus que des purs raisonnements juridiques. La Cour de cassation a peut-être été un peu effrayée par les effets perturbateurs que la Convention sur les droits de l'enfant pourrait créer dans l'ordre interne et le droit français, dans les domaines du droit civil, du droit de la famille, qui sont de sa compétence », (« L'articulation du droit interne et du droit international », in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, préc., p. 257).

²⁴⁹⁷ Nicolas MAZIAU, Julien CAZALA, Nicolas JAMBON, Myriam MAUNOURY, « Jurisprudence française relative au droit international (année 2002) », *A.F.D.I.*, 2003, pp. 699-731 (707-708).

l'accouchement sous x. Les requérants soutenaient que le droit de leurs enfants « *de connaître leurs parents et d'être élevés par eux* » était atteint du fait de ces mesure d'éloignement²⁴⁹⁸. Mais l'ombre du système du système français d'accouchement sous x planait sur le choix du Conseil d'État de dénier l'invocabilité de l'article 7 comme en témoigne le choix d'indiquer, dans un motif surabondant, qu'« *en tout état de cause* », l'article 7 ne serait pas méconnu par ces actes administratifs²⁴⁹⁹. En effet, contraint d'écarter l'invocabilité d'une stipulation conventionnelle en raison de sa contrariété à cette loi, le Conseil d'État s'offre une session de rattrapage en jugeant ces mesures de reconduite à la frontière conformes aux exigences de l'article 7 de la Convention de New York, alors même que ce contrôle était dispensable en raison de son défaut d'effet direct.

888. Le raisonnement mené par le Conseil d'État était de même nature dans un arrêt *Koci*²⁵⁰⁰. La plus haute juridiction administrative procède dans le même considérant à l'examen de la validité de la mesure de reconduite à la frontière contestée à l'aune de l'article 3-1 – auquel l'effet direct est reconnu avec constance – et de l'article 7 dont l'absence d'effet direct n'est pas même mentionnée. Cette confusion des genres est d'autant plus flagrante que, dans le considérant suivant, les moyens tirés de la violation des articles 8 et 9 sont écartés, au motif qu'ils ne créent d'obligations qu'entre les États parties à la Convention de New York. Les juges du Palais Royal mettent ainsi en évidence le malaise suscité par le choix d'exclure l'effet direct de l'article 7 de la Convention de New York qui semble pourtant satisfaire ses critères. De fait, le Conseil d'État semble vouloir prévenir le sentiment d'injustice qui pourrait habiter le requérant en lui indiquant que, dans l'hypothèse où il n'aurait pas eu à souffrir des conséquences de sa jurisprudence qui paraît viser la préservation de l'applicabilité de l'article 341-1 du Code civil, la solution du litige aurait été la même sur le fond. Cette jurisprudence offre un témoignage des conséquences néfastes des réticences du juge à sanctionner l'inconventionnalité des lois. Elle souffre à ce titre de carences logiques qui sont

²⁴⁹⁸ CE, 28 juillet 2000, *Phumu Phumu*, n°214324, inédit ; CE, 28 juillet 2000, *Mafouta*, n°211086, inédit ; CE, 9 juillet 2003, *Taamallah*, n°238724, inédit ; CE, 30 mars 2005, *Kwantwoo*, n°260707, inédit.

²⁴⁹⁹ Roger ERRERA, « L'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'incidence de la convention européenne des droits de l'homme sur les droits de l'enfant », *R.U.D.H.*, 2005, pp. 329-337 (335) ; à propos des arrêts CE, 11 juillet 2001, *Préfet de l'Essonne contre Chabi*, n°211086 ; CE, 11 juillet 2001, *Préfet de l'Essonne contre Mme Bahia*, n°220119.

²⁵⁰⁰ CE, 3 novembre 2004, *Koci*, n°263826, inédit.

symptomatiques des décisions dont les motifs relèvent de considérations de politique jurisprudentielle²⁵⁰¹.

889. La Cour de justice fait preuve d'une réticence équivalente à contrôler la conventionnalité des actes législatifs de l'Union. L'affaire *Intertanko*²⁵⁰² illustre bien cette posture. La conformité de la directive de 2005 sur les pollutions maritimes²⁵⁰³ à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer était contestée à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Cette législation de l'Union définit les conditions dans lesquelles le rejet de substances polluantes en mer est susceptible d'engager une responsabilité pénale. Elle dispose que l'engagement de la responsabilité pénale doit être possible si ce rejet est le produit d'une action intentionnelle ou d'une négligence grave, quel que soit l'État de pavillon du navire et ce, même en haute mer. Il ne fait guère de doute qu'une telle prescription n'est pas pleinement conforme à la Convention de Montego Bay²⁵⁰⁴. Thomas Mensah – président

²⁵⁰¹ Il convient de relever que la jurisprudence du Palais Royal n'a pas le monopole de l'incohérence en matière d'application de la Convention de New York. En effet, dans son arrêt *Odièvre* (Cour EDH, Gde chbre, 13 février 2003, *Odièvre contre France*, req. n°42326/98) à l'occasion de laquelle est examinée la conventionnalité du dispositif législatif français d'accouchement sous x, la Cour – pourtant habituellement encline à multiplier les références à des sources extérieures au droit du Conseil de l'Europe (V. David SZYMCAK, Sébastien TOUZE, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2010) », *A.F.D.I.*, 2011, pp. 611-640) – n'opère aucune référence à l'article 7 CIDE. Ce silence est d'autant plus assourdissant que dans l'arrêt *Mazurek* (Cour EDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek contre France*, req. n°34406/97, §§ 18 et 52), les occurrences répétées à la Convention de New York avaient servi d'appui aux juges de Strasbourg pour conclure à la violation par l'article 760 du Code civil de l'article 1, protocole 1, combiné à l'article 14 CEDH. Dans cette perspective, la jurisprudence *Odièvre* n'est donc pas sans causer quelque trouble quant à la prévisibilité de l'utilisation des sources internationales par la CEDH. En effet, faisant primer le droit de la mère sur le droit l'enfant, autrement dit l'esprit de l'article 341-1 CC sur l'esprit des articles 8 CEDH et 7 CIDE, la Cour européenne des droits de l'Homme renverse la hiérarchie des valeurs et amène les commentateurs les plus avisés à se demander si « *le courage et la clarté n'ont pas déserté la jurisprudence de Strasbourg* », (Jean HAUSER, « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *R.T.D. Civ.*, 2003, pp. 276-277). En réalité, le brevet de conventionnalité délivré par la CEDH doit avant tout être interprété comme l'hommage rendu par les juges de Strasbourg aux concessions accordées par le législateur français à l'occasion du 22 janvier 2001 simplifiant l'accès aux origines des personnes adoptées. Dès lors, force est de constater que la CEDH semble également encline à neutraliser les effets des accords multilatéraux lui servant coutumièrement de référence lorsque ceux-ci jouent en défaveur d'un législateur ayant fait l'effort de quelque « *généuflexion* » devant le prétoire de Strasbourg, (V. Jean-Pierre MARGUENAUD, « Quand la Cour européenne des droits de l'homme hésite à jouer le rôle de Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous x », *R.T.D. civ.*, 2003, pp. 375-381). La Convention de New York n'est toutefois pas une source formelle du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il est à cet égard regrettable que les juges de Strasbourg aient adopté une solution offrant un terrain propice au maintien du déni d'effet direct de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant dans l'ordre juridique français, dont cet instrument conventionnel constitue en revanche une source formelle.

²⁵⁰² CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc.

²⁵⁰³ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, préc.

²⁵⁰⁴ Mario MENDEZ soutient cette thèse : « *it is difficult to envisage how, were review to have been conducted, a substantive scope interpretation of the UNCLOS provisions could have led the Directive intact* », (*The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, op. cit., p. 273).

de Tribunal international du droit de la Mer – soutient cette thèse. Il relève qu'aux termes de l'article 19, 2, h) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer, le passage d'un navire n'est pas inoffensif dans l'hypothèse d'une « *pollution délibérée et grave, en violation de la Convention* ». De sorte qu'un navire rejetant des substances polluantes suite à une négligence grave, mais sans intention d'y procéder, se trouve dans une situation de passage inoffensif. Or, l'article 211, 4 de ladite Convention stipule que « [l]es États côtiers peuvent, dans l'exercice de leur souveraineté sur leur mer territoriale, adopter des lois et règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires étrangers, y compris les navires exerçant le droit de passage inoffensif. Ces lois et règlements [...] ne doivent pas entraver le passage inoffensif des navires étrangers ». Par suite, les navires coupables de rejets polluants pour négligence grave ne doivent pas voir leur passage inoffensif entravé par la menace de poursuites pénales lorsqu'ils circulent sur les eaux territoriales de l'Union.

890. Partant de ce constat, le juge Mensah observe que « *the directive impinges on the principles and standards established not only by MARPOL but also UNCLOS*²⁵⁰⁵. [...] *Such a sanction would be exacted against a discharge that does not constitute a violation under MARPOL, and for which the sanctioning State would have no authority under international law as contained in UNCLOS* »²⁵⁰⁶. Il est ici probable que l'éventualité du jugement d'invalidité de la directive sur les rejets polluants ait milité en défaveur de la reconnaissance par la Cour de justice de l'effet direct à la Convention de Montego Bay, alors même que celle-ci semblait satisfaire ses critères²⁵⁰⁷. Ecarter l'invocabilité de cette Convention en raison de

Traduction : « il est difficile d'envisager de quelle manière, dans l'hypothèse où un contrôle de légalité aurait été exercé, une interprétation substantielle des stipulations de la CNUDM aurait pu laisser la directive intacte ». On essaiera de démontrer qu'une telle solution serait pourtant possible, V. *infra*, ce Paragraphe ; B.

²⁵⁰⁵ Il s'agit de l'acronyme anglais de la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer (United Nations Convention on the Law of the Sea).

²⁵⁰⁶ Thomas A. MENSAH, « Sovereign Rights in Legislation of Member States under UNCLOS and MARPOL », *Eighth Cadwallader Memorial Lecture*, London, London Shipping Law Center, 2005, disponible sur : http://www.shippinglbc.com/content/uploads/documents/8_cad.pdf, pp. 23-29 (27-28). Traduction : « la directive affecte les principes et standards établis non seulement par la Convention MARPOL, mais aussi par la CNUDM. [...] De telles sanctions (pénales) seraient exigées contre des rejets qui ne constituent pas des violations de la Convention MARPOL, et seraient infligées par des États qui n'en auraient pas compétence au regard du droit international tel que codifié par la CNUDM ».

²⁵⁰⁷ Julianne KOKOTT souligne les lacunes du raisonnement de la Cour tendant à établir que la CNUDM ne crée par de droits individuels et, par voie de conséquence, ne produit pas d'effet direct : « *Intertanko concerned mainly UNCLOS provisions on the freedom of navigation in different maritime zones. According to the Court's reasoning this does not encompass independent rights of individuals, because a State has to grant its nationality to a ship. Therefore the rights and duty of those who travel the seas by ship are derived from their respective flag State. However, the applicability of provisions of international agreements only to nationals of contracting States is rather common and does not always militate against direct applicability of a particular provision* »,

son défaut d'effet direct lui permet commodément de ne pas procéder au contrôle de conventionnalité et, par voie de conséquence, de maintenir la validité de cet acte législatif dans l'ordre juridique de l'Union²⁵⁰⁸. L'effet direct se présente donc, dans la jurisprudence de la Cour, comme un instrument efficace de protection du produit juridique du législateur européen.

891. La jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État français témoigne donc d'une certaine révérence à l'endroit du produit juridique des organes démocratiquement élus et singulièrement du législateur. Mais en retirant aux normes conventionnelles sans effet direct leur qualité d'élément de la légalité interne, les juges ne rendent pas justice à l'ouverture des ordres juridiques français et unionaire au droit international voulue par leur Constitution respective²⁵⁰⁹. Il apparaît pourtant possible de concilier le principe de l'équilibre des pouvoirs avec la doctrine constitutionnelle de l'État ouvert au droit international. Il faudrait pour cela reconnaître à l'ensemble du bloc de conventionnalité sa qualité d'élément de la légalité interne mais se cantonner à ne sanctionner que les violations manifestes des obligations qu'il impose à la France et à l'Union européenne. Dans cette situation, le pouvoir juridictionnel ne pourrait sanctionner le produit juridique des autorités normatives politiques que dans l'hypothèse où celles-ci violeraient gravement leurs obligations internationales.

(« International Law – A neglected « integral » part of the EU legal order? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 79). Traduction : « La jurisprudence *Intertanko* concernait principalement des stipulations de la CNUDM relative à la liberté de navigation dans les différentes zones maritimes. Selon le raisonnement de la Cour, cela ne transgresse pas les droits subjectifs des individus, puisqu'un État doit accorder sa nationalité à un navire. Par conséquent, les droits et les devoirs de ceux qui sillonnent les mers en bateau dérivent du droit de leur État de pavillon. Cependant, l'applicabilité des stipulations des accords internationaux aux seuls ressortissants des États contractants est chose commune et ne milite pas toujours contre l'applicabilité directe de ces stipulations ». V. également, Piet EECKHOUT, « Case C-308/06, The queen on the application of Intertanko and Others v. Secretary of State for Transport », *CML Rev.*, 2009, pp. 2041-2057 (2055).

²⁵⁰⁸ Les observations de Mario MENDEZ confirment cette analyse : « *we might well ask whether the seemingly self-evident answer to the second step of the analysis, the actual review that the judgement itself avoided, is influencing the answer to the first step as to the capacity of the Agreement itself to form a review criterion for EU Law* », *The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, op. cit., pp. 273-274). Traduction : « on peut clairement se demander si la réponse évidente à la seconde étape de l'analyse, le contrôle de légalité que le jugement a évité, n'a pas influencé le sens de la réponse apportée à la première étape de l'analyse, relative à la capacité de l'accord à constituer un critère de la légalité d'une règle de droit de l'Union ».

²⁵⁰⁹ On se réfère ici à l'adhésion de ces ordres juridiques à la doctrine de l'incorporation, ainsi qu'à la constitutionnalisation dans les articles 14 du préambule de 1946 et 4, paragraphe 3 TUE de l'impératif de respect du droit international.

B. L'intensité minimale du contrôle, moyen de conciliation de l'équilibre des pouvoirs et de la hiérarchie des normes

892. Les normes conventionnelles dépourvues d'effet direct, parce qu'imprécises et non créatrices de droits, imposent des obligations aux parties contractantes. Niilo Jääskinen a récemment remarqué que l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus se caractérise par « *la marge d'appréciation qu'il laisse au législateur en vue de déterminer certains critères auxquels doit répondre une organisation en vue de contester une violation du droit de l'environnement* » qui induit son défaut d'effet direct, avant de remarquer que « [p]our autant, il [...] semble incontestable que l'obligation de garantir l'accès à la justice est suffisamment claire pour faire obstacle à une norme qui aurait pour objet ou pour effet d'écarter certaines catégories des décisions non-législatives des autorités publiques du champ du contrôle devant être exercé par les juridictions nationales »²⁵¹⁰. De sorte qu'une obligation conventionnelle portée par une norme dépourvue d'effet direct est susceptible d'être violée. L'objet de l'invocabilité d'exclusion est précisément de permettre aux justiciables de solliciter la sanction de ces violations. Les effets de l'invocabilité d'éviction du droit conventionnel sur l'état des législations françaises et européennes devraient toutefois être sensiblement limités par la limitation de l'intensité du contrôle de conventionnalité.

893. Le droit offert aux personnes privées de se prévaloir de normes conventionnelles souffrant d'une certaine indétermination ne permettrait d'obtenir l'invalidation, ou l'inapplication d'un acte interne, que dans l'hypothèse où celui-ci violerait manifestement la règle internationale invoquée. Ce faisant, les juridictions de Paris et de Luxembourg renoueraient plus complètement avec la logique juridique en donnant effet à la force obligatoire des normes conventionnelles dans l'ordre interne, tout en prenant en considération les principes concurrents qui l'imprègnent, tels la sécurité juridique et l'équilibre des pouvoirs. Ce fut d'ailleurs la solution retenue par la Cour de justice lorsqu'elle a admis

²⁵¹⁰ Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc., pt. 94.

l'invocabilité d'éviction du droit coutumier international²⁵¹¹, ainsi que par le Conseil d'État lorsqu'il a consacré l'invocabilité d'exclusion de la Charte de l'environnement²⁵¹².

894. La juridiction de l'Union a ainsi jugé dans les arrêts *Racke* et *ATAA* que « dès lors qu'un principe du droit international coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international, le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes »²⁵¹³. Cette ligne de raisonnement mériterait d'être transposée au droit conventionnel dans l'hypothèse où l'invocabilité d'éviction serait admise à son bénéfice. Plaidant pour une diffusion de l'invocabilité des accords internationaux, Piet Eeckhout souligne que lorsqu'est en cause la conventionnalité d'un acte législatif européen, le contrôle alors exercé par la Cour devrait être, de la même manière, d'intensité minimale : « *that does not mean that the Court should all too easily conclude that the EU is violating its international obligations, and strike down EU legislation on that basis. Judicial review is constitutional-type review, and it would be right for the Court to limit intervention to clear-cut, manifest cases of breach* »²⁵¹⁴. Ce contrôle d'intensité minimale permettrait de cantonner les cas d'intervention du juge aux hypothèses exceptionnelles de contrariété frontale entre droit interne et conventionnel. Et le juge parviendrait de la sorte à donner effet à la force obligatoire de la norme conventionnelle, tout en limitant grandement les hypothèses d'annulation susceptibles d'en procéder²⁵¹⁵. Lorsqu'une norme conventionnelle n'est pas porteuse d'obligations précises, les illégalités manifestes amenant le juge à constater l'irrégularité de la production juridique des autorités normatives politiques de l'Union sont

²⁵¹¹ Pour une présentation des conditions d'invocabilité de la coutume internationale, V. *supra*, partie 1, Titre 2, chapitre 2, section 2, § 3.

²⁵¹² V. Laetitia JANICOT, Agnès ROBLOT-TROIZIER, Ariane VIDAL-NAQUET, « Des normes de référence inscrites dans la charte de l'environnement », préc., p. 201.

²⁵¹³ CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc. pt. 110 ; CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 52.

²⁵¹⁴ Piet EECKHOUT, « The International Legal Order : black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos* », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, op. cit., p. 178. Traduction : « Cela ne signifie pas que la Cour puisse trop aisément conclure à la violation par l'UE de ses obligations internationales, et annuler les législations européennes sur ce fondement. Le contrôle de légalité (exercé par la Cour) revêt les caractéristiques d'un contrôle de constitutionnalité, et il serait bienvenu que la Cour limite ses interventions aux cas d'illégalités manifestes ».

²⁵¹⁵ Julianne KOKOTT relève en ce sens que dans l'hypothèse d'une confrontation entre normes interne et internationale « [s]uch manifest errors will be quite rare », (« International Law – A neglected « integral » part of the EU legal order? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, op. cit., p. 81).

exceptionnelles, eu égard à la large marge d'appréciation leur étant conférée par ses prescriptions. Si bien que l'équilibre institutionnel s'en trouverait préservé.

895. De son côté, le Conseil d'État limite d'ores et déjà l'intensité du contrôle de conventionnalité du droit d'origine interne. Autrement dit, pour reprendre la typologie de Charles Eisenmann, le juge admet la non-conformité des normes d'origines internes aux obligations conventionnelles liant la France. Il tolère la coexistence de deux normes apparemment incompatibles mais dont les énoncés ne sont pas manifestement inconciliables²⁵¹⁶. Dans son arrêt *médecine anthroposophique*²⁵¹⁷, le Conseil État était appelé à contrôler la conformité de la législation française à la directive communautaire du 22 septembre 1992, renvoyant à celle du 26 janvier 1965, relative aux spécialités pharmaceutiques²⁵¹⁸. La législation européenne exigeait que toute décision de refus d'enregistrement d'un produit homéopathique soit l'objet d'une motivation précise. La loi française du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs – qui avait transposé ladite directive en droit interne – a prévu en son article 5 la possibilité pour le destinataire d'une décision de refus d'obtenir sa motivation sur demande. Or, comme l'observe David Bailleul, « l'exigence d'un rapport de conformité aurait ici vraisemblablement conduit à écarter les dispositions législatives et à imposer une décision explicite, car il y a en pratique une grande différence entre la motivation systématique d'un acte et l'obtention des motifs sur demande, laquelle ne peut être effectuée que si l'intéressé a connaissance de cette possibilité »²⁵¹⁹. Finalement le Conseil d'État a jugé que le fait que la législation n'interdise pas la motivation que la directive prescrit permet de dégager la compatibilité de leurs énoncés. Cette intensité limitée du contrôle de conventionnalité exercé par le juge administratif réduit les probabilités d'invalidation d'actes internes sur le fondement de stipulations dépourvues d'effet direct en raison de leur indétermination normative. La libéralisation des conditions d'invocabilité des traités ne perturberait donc pas

²⁵¹⁶ Charles EISENMANN, *Les actes juridiques de droit administratif*, cours de 1956-1957, in *Cours de droit administratif*, op. cit., pp. 462-463.

²⁵¹⁷ CE, 24 février 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, Leb. p. 29.

²⁵¹⁸ Directive 92/73/CEE du Conseil, 22 septembre 1992, élargissant le champ d'application des directives 65/65/CEE et 75/319/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux médicaments et fixant des dispositions complémentaires pour les médicaments homéopathiques, *JOCE*, L 297, 13 octobre 1992, pp. 8–11.

²⁵¹⁹ David BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence Nicolò ? », préc., p. 881.

nécessairement la stabilité de l'état du droit français dans une mesure comparable à celle décrite par les soutiens de l'effet direct²⁵²⁰.

896. Pour reprendre l'exemple de l'accouchement sous x, il faut rappeler que ce n'est que « dans la mesure du possible », que l'article 7 de la Convention de New York accorde aux enfants « le droit de connaître ses parents et être élevé par eux ». Et le fait que la mère ne manifeste pas sa volonté d'être connue son enfant tend à considérer qu'on excède la *mesure du possible* dans laquelle un enfant peut revendiquer la connaissance de son parent biologique. Dans son arrêt *Odièvre*, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi souligné les conséquences dommageables de l'attribution à l'enfant abandonné d'un droit à la connaissance de son parent biologique : « la levée non consensuelle du secret de sa naissance pourrait comporter des risques non négligeables, non seulement pour sa mère elle-même, mais aussi pour sa famille adoptive qui l'a élevée, pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale. L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons "sauvages" »²⁵²¹. Partant de ces considérations, le Conseil d'État français pourrait juger que le législateur est resté dans la marge d'appréciation que lui offre l'article 7 de la CIDE pour apprécier les causes susceptibles de rendre impossible la connaissance du parent. En outre, la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles qui accompagne et assiste l'enfant abandonné dans la recherche de l'identité de la mère biologique, puis joue un rôle de médiateur pour favoriser la rencontre, appuie la thèse selon laquelle le législateur français a cherché à concilier autant que possible les intérêts respectifs des deux protagonistes. De sorte que la législation française peut ne pas être considérée comme manifestement contraire à l'article 7 la Convention internationale des droits de l'enfant.

²⁵²⁰ La DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES avançait ainsi que l'abandon de la conditionnalité d'effet direct générerait « un contentieux de masse », qui à terme, mettrait en péril la stabilité de l'ordre juridique français, (« observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* », préc., p. 12).

²⁵²¹ Cour EDH, Gde chbre, 13 février 2003, *Odièvre contre France*, préc., §§ 44-45. Pour une proposition d'actualisation de la législation française relative à l'accouchement *sous x*, qui invite à dissocier le droit à l'accès aux origines du droit à la rencontre, afin de libéraliser les conditions d'accès aux origines, V. Irène THERY, Anne-Marie LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle (Rapport du groupe de travail filiation, origines, parentalité)*, Paris, éditions du ministère de la famille, 2014, pp. 243-274.

897. Concernant la compatibilité de la directive sur la responsabilité pénale pour cause de pollutions maritimes avec la Convention des Nations-Unies sur le droit de la Mer et la Convention MARPOL, il est possible d'envisager une interprétation de la négligence grave qui puisse se fonder dans la notion de « *comportement téméraire avec conscience de la probabilité d'un dommage* », prohibé par le droit international de la Mer et susceptible de fonder l'engagement de la responsabilité pénale du responsable d'une pollution maritime. Julianne Kokott a ainsi expliqué dans ses conclusions sur l'arrêt *Intertanko* que « *l'action téméraire en connaissance du fait qu'un dommage en résulterait probablement* » sur le fondement de laquelle la Convention MARPOL et la CNUDM permet l'engagement de la responsabilité pénale de son auteur « *est considérée dans de nombreux ordres juridiques comme une forme de négligence grave, qui est le critère de responsabilité fixé par la directive 2005/35. En Allemagne, on parlerait vraisemblablement de négligence grave délibérée* »²⁵²². Si bien que cette interprétation restrictive de la négligence grave permettrait à la Cour de juger que le législateur de l'Union n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en édictant cet acte, dans la mesure où l'article 4 la directive 2005/35 apparaît conciliable avec les obligations tirées de la Convention de Montego Bay et de la Convention MARPOL.

898. Les effets de l'élargissement de l'invocabilité des accords internationaux sont donc susceptibles d'être tempérés par l'exercice d'un contrôle de conventionnalité d'intensité minimale. Ce faisant, la digue de l'effet direct serait lissée pour favoriser l'insertion du droit international dans les ordres juridiques français et de l'Union, mais celui-ci ne pourrait fonder l'inapplication des lois internes que dans les hypothèses exceptionnelles d'antinomie frontale.

²⁵²² Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc., pt. 109.

§ 2. Les effets du jugement d'inconventionnalité : de l'invalidité à l'inapplicabilité de l'acte interne

899. Le sort réservé aux actes législatifs et administratifs inconventionnels est distinct. Le législateur doit être mis en capacité d'amender les actes par lesquels il a manqué à ses obligations internationales. À cette fin, les juridictions françaises et de l'Union doivent n'attribuer au droit conventionnel qu'une primauté d'application lorsqu'une loi est la source de sa violation (A). Ces juridictions peuvent en revanche attacher une primauté de validité au droit conventionnel si sa violation est le produit d'un acte administratif (B).

A. Le juge, la loi, et la primauté d'application du droit conventionnel

900. Lorsqu'un acte législatif français ou unionaire est directement contesté sur le fondement du droit conventionnel, les juridictions de Paris et de Luxembourg confèrent une primauté d'application, l'*Anwendungsvorrang*, à ses prescriptions (2). Le jugement d'inconventionnalité de la loi n'a donc pas pour effet son invalidité, alors même que la logique juridique ne s'y opposerait nullement (1). Mais l'inapplication de la loi inconventionnelle est immédiate, si bien que son constat peut être bénéfique aux justiciables même si, en parallèle, cette loi a fait l'objet d'un jugement d'inconstitutionnalité, dans la mesure où la prise d'effet de l'annulation qui en résulte est souvent différée dans le temps (3).

1) Formalisme juridique et invalidité de la loi inconventionnelle

901. Le choix d'écarter la primauté de validité du droit conventionnel sur la loi ne s'imposait pas sur le plan de la logique juridique. Il s'appuie traditionnellement sur l'absence de lien de validité entre les traités et les lois. Mais cet argument se heurte à deux objections. En premier lieu, la régularité matérielle d'une norme, c'est-à-dire sa conformité aux prescriptions des normes de rang supérieur avec lesquelles elle n'entretient pas nécessairement de lien de validité, conditionne selon certains auteurs son appartenance à la

catégorie des règles juridiques. Michel Troper a mis en évidence cette condition d'accès des normes à la vie juridique : « *la validité, du point de vue statique, c'est la conformité du contenu d'une norme à celui d'une autre norme, plus générale. Cette validité ne s'ajoute pas à la norme comme une qualité nouvelle. Elle est [...] le mode même d'existence des normes. Tout acte, par exemple un énoncé verbal, a la signification d'une norme s'il est conforme à un autre énoncé verbal, qui est lui-même une norme* »²⁵²³. Appliquée aux règles qui nous intéresse, cette proposition indique que les normes internes législatives ou infra-législatives ne reçoivent la signification objective de norme, ne sont valides, qu'à la condition de ne pas contredire les prescriptions du droit conventionnel. Les lois, comme les règlements, qui portent une pluralité de dispositions ne peuvent toutefois pas être annulés au motif que l'une d'entre elles est matériellement irrégulière²⁵²⁴. La signification objective de norme n'est en effet soustraite qu'à celle des dispositions législatives qui contredit un énoncé conventionnel, elle n'est pas retirée à l'ensemble de l'acte législatif qui la porte²⁵²⁵.

902. Dans son arrêt *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire*, le Conseil d'État a jugé inapplicable le second alinéa de l'article L 224-2 du Code rural, mais a dans le même temps affirmé la pérennité de cette disposition dans l'ordre juridique²⁵²⁶. Il estime en effet que le premier alinéa du même article – disposant que « *nul ne peut chasser en dehors des périodes de chasse fixées par les autorités administratives* » – demeure applicable et peut fonder la compétence de l'exécutif pour en préciser les dates. Cela constitue une limite conséquente aux incidences contentieuses du jugement d'inconventionnalité des actes législatifs et réglementaires. Cette perte de la qualité objective de norme juridique peut être successive à l'entrée en vigueur d'une norme conventionnelle contraire à la loi²⁵²⁷.

²⁵²³ Michel TROPER, « « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amssek », préc., p. 1530. Il observe qu'au-delà, l'existence même de l'ordre juridique est conditionnée à la régularité matérielle des normes qui le composent : « [l]a hiérarchie statique est bien un véritable ordre juridique puisque les actes reçoivent la signification objective de normes, leur validité, si leur contenu est conforme à celui d'une norme plus générale », (*ibid.*, p. 1530).

²⁵²⁴ Riccardo GUASTINI, « Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *op. cit.*, p. 460.

²⁵²⁵ Riccardo GUASTINI observe en ce sens que « [t]oute disposition [acte] exprime une pluralité de normes. Il se peut que dans cette pluralité de normes, il y ait une norme valide et une norme non-valide. En ce cas, l'organe compétent [...] peut bien déclarer la non-validité d'une norme particulière tout en laissant en vigueur la disposition en cause », (« Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *op. cit.*, p. 460).

²⁵²⁶ CE, sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire*, *Leb.* p. 379.

²⁵²⁷ L'entrée en vigueur d'une convention internationale ne peut en revanche mettre en cause la validité formelle d'un acte juridique interne, dans la mesure où « *tandis que la non-validité peut être soit formelle soit matérielle, la non-validité successive ne peut être que matérielle* », (Riccardo GUASTINI, « Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *op. cit.*, p. 461).

903. En second lieu, les termes du rapport de conformité entre les règles primaires législative et conventionnelle, qui exige la non-contradiction de la seconde par la première, sont définis par des règles secondaires. Comme l'a indiqué Herbert Hart, « *ces règles secondaires se rapportent aux règles primaires elles-mêmes* »²⁵²⁸ et définissent leurs conditions d'existence dans l'ordre juridique. Aussi, une norme législative ne peut pas violer une règle conventionnelle primaire sans affecter la règle secondaire de hiérarchie qui définit leur rang respectif dans l'ordre juridique. L'irrégularité d'une règle de droit ne peut pas être seulement matérielle dans les ordres juridiques français et unionaire qui sont hiérarchisés. Cette irrégularité ne peut en effet pas être dissociée de son invalidité formelle qui procède de la violation de la règle constitutionnelle de hiérarchie qui commande la compatibilité des normes législatives et conventionnelles. Autrement dit, le jugement de conformité matérielle entre normes législative et conventionnelle se superpose nécessairement à un jugement de validité formelle, axé sur le respect de la clause constitutionnelle de réception du droit international.

904. Riccardo Guastini présente les conséquences de la violation des règles secondaires lorsque celles-ci portent « *sur la production juridique ; c'est-à-dire des actes normatifs et ne disent strictement rien sur le fond (le contenu normatif) des actes à accomplir. Bien sûr, la non-validité de l'acte normatif entraîne à son tour la non-validité (toujours formelle) des dispositions qu'il contient et par conséquent aussi des normes qu'il prétend établir. Mais cela, justement, n'est qu'une conséquence de la non-validité de l'acte. Donc la validité – notamment, la validité formelle – est un attribut qui convient en premier lieu aux actes normatifs* »²⁵²⁹. Pourtant, le contrôle de conventionnalité des lois n'offre pas un tel effet abrogatif aux jugements d'incompatibilité matérielle. En ne plaçant pas le jugement d'inconventionnalité dans une logique de sanction de la violation de la règle secondaire constitutionnelle, mais de la règle primaire conventionnelle, les juridictions de Paris et Luxembourg ont choisi de maintenir la validité de l'acte législatif portant la norme inconventionnelle. De cette manière, elles participent au maintien de l'équilibre des pouvoirs, en limitant leur emprise sur le produit juridique du législateur.

²⁵²⁸ Herbert L. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 113.

²⁵²⁹ Riccardo GUASTINI, « Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, op. cit., p. 459.

2) Prise en considération de l'équilibre des pouvoirs et inapplicabilité de la loi inconstitutionnelle

905. Dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État, le sort réservé à la loi inconstitutionnelle est son inapplication au litige. Les juridictions de Paris et de Luxembourg ont ainsi choisi de ne pas lier la validité des lois à leur conformité aux traités. Dans le cadre du contrôle de conventionnalité, « *le juge ordinaire ne se livre pas à un contrôle de validité, mais d'applicabilité* »²⁵³⁰. Il confère au droit conventionnel une simple primauté d'application (qualifiée par les juridictions allemandes d'*Anwendungsvorrang*) et non une primauté de validité (le *Geltungsvorrang*)²⁵³¹.

906. Une caractéristique propre à la substance des normes internationales permet au Conseil d'État et à la Cour de justice de cantonner le contrôle de conventionnalité au jugement de conformité matérielle. L'étude des normes internationales permet de constater qu'elles ne définissent que très exceptionnellement le mode de formation du droit interne²⁵³². Denys de Béchillon soulignait dans sa thèse de doctorat cette singularité des normes internationales, observant que « *le droit international ne véhicule aucune norme procédurale ou formelle de nature à se superposer aux règles de la Constitution – nul n'a jamais vu un traité régler le*

²⁵³⁰ Louis FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et la norme internationale », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 95-125 (115). Ce constat est toujours d'actualité et s'applique également à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

²⁵³¹ Cette typologie des primautés, développée par les juridictions allemandes, est présentée par François-Xavier MILLET, (« L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in Evelyne LAGRANGE, Andrea HAMANN, Jean-Marc SOREL, (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, pp. 27-54 (45)).

²⁵³² Bien que ce constat se vérifie encore très largement en l'état actuel du droit international, il convient de mentionner l'émergence d'un corpus de normes internationales procédurales dans le domaine environnemental. Se donnant pour objet la promotion de la démocratie environnementale, la Convention d'Aarhus définit ainsi certaines conditions procédurales d'édition des actes à incidence environnementale, de manière à garantir l'information et la participation des populations concernées par celle-ci. Le guide d'application de la Convention d'Aarhus indique que « *l'obligation de prendre dûment en considération les résultats de la procédure de participation du public* » dans le cadre du processus de décision à incidence environnementale, imposé par l'article 6, paragraphe 8 de la Convention d'Aarhus, « *pourrait être interprétée comme une obligation d'inclure dans la décision motivée et communiquée par écrit un exposé de la manière dont il a été tenu compte de la participation du public* » (COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE, *Convention d'Aarhus : guide d'application*, op. cit., p. 141). Le même caractère procédural est perceptible en son article 8, dont la Commission économique pour l'Europe déduit que « *[l]a Convention affirme que les membres du public ont non seulement le droit de prendre part à la prise des décisions essentielles qui influent sur leur existence, mais également un rôle à jouer dans l'élaboration des lois et actes normatifs* », (ibid., p. 153).

déroulement de la procédure législative – ; le problème ne se pose pas »²⁵³³. Il n'existe donc pas de lien de validité entre les règles conventionnelles et le droit d'origine interne.

907. Il ne doit toutefois pas être déduit de cette primauté d'application une absence de hiérarchie entre les normes internationale et interne. En effet, l'inapplication en droit interne d'une règle au profit de l'application d'une autre suppose de reconnaître un rang supérieur à la seconde²⁵³⁴. Mais la violation de la clause constitutionnelle de réception du droit international par la loi inconventionnelle n'est pas sanctionnée par son invalidation. En opérant de la sorte, la Cour de justice et le Conseil d'État français limitent les incidences du jugement d'inconventionnalité de la loi. En n'abrogeant pas l'acte législatif litigieux, ces juridictions limitent leur emprise sur le produit juridique du législateur et lui offrent l'opportunité d'amender la norme inconventionnelle dont il est l'auteur.

908. La jurisprudence du Conseil d'État français rend hommage à la proposition exprimée par le doyen Favoreu, deux ans après la décision *IVG*, selon laquelle « la norme internationale n'est pas susceptible de fonder la validité ou l'invalidité de la loi »²⁵³⁵. Néanmoins, l'exception à l'obligation d'édicter des règlements d'application de la loi qui est retirée de son inconventionnalité tend à neutraliser ses effets dans l'ordre juridique français²⁵³⁶. L'obligation pesant sur l'administration de concrétiser les lois, et celle prescrivant aux autorités législatives et infra-législatives le respect du droit d'origine internationale, sont contradictoires lorsque l'exécutif est appelé à préciser les conditions d'application d'une loi inconventionnelle. Le Conseil d'État a surmonté cet antagonisme en jugeant dans l'arrêt de la *médecine anthroposophique* qu'« en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en œuvre de [la loi inconventionnelle], le gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il s'y était tenu, à la hiérarchie des normes dans

²⁵³³ Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., p. 300.

²⁵³⁴ Jean-Victor LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, op. cit., p. 457 ; Julio BAQUERO CRUZ, « The legacy of Maastricht-Utreil and the pluralist movement », *ELJ*, 2008, pp. 389-422 (415-416). On s'écarte ici des conclusions de Louis FAVOREU qui, observant l'absence de lien de validité entre droit conventionnel et droit interne indiquait que le premier se situe « hors hiérarchie », dans l'ordre interne, (« Le Conseil constitutionnel et la norme internationale », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 95-125 (115)).

²⁵³⁵ Louis FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et la norme internationale », préc., p. 115.

²⁵³⁶ Cette obligation pèse par principe sur l'administration au titre d'une jurisprudence constante du Conseil d'État : CE, sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, *Leb.* p. 403 ; CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, *Leb.* p. 475. La non satisfaction de cette obligation dans un délai raisonnable est « constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État » : CE, ass., 27 novembre 1964, *Ministre des Finances contre Dame veuve Renard*, *Leb.* p. 190.

l'ordre juridique interne, telle qu'elle découle de l'article 55 de la Constitution »²⁵³⁷. Mattias Guyomar en conclut que le « *respect de la hiérarchie des normes entraîne donc la paralysie du pouvoir réglementaire pour prendre les mesures d'application d'une loi inconstitutionnelle* »²⁵³⁸.

909. En outre, les différences entre les effets de la décision d'invalidation et de la décision d'inapplication de la loi s'atténuent aussi lorsque l'acte attaqué est un décret d'application qui conditionne son entrée en vigueur. Dans une telle hypothèse, force est d'admettre, avec Karine Michelet, que « *[c]ertes sur un plan formel, la déclaration ne conduit pas à soustraire la loi de l'ordre juridique. Néanmoins, elle empêche toute forme d'application de la loi, ce qui, dans les faits, revient au même* »²⁵³⁹. Les lois *self-executing* – qui ne nécessitent pas de concrétisation normative pour atteindre la situation juridique des individus – restent à l'abri de cette abrogation de fait. Elles tirent en effet profit de l'angle mort procédural constitué par l'incompétence du Conseil d'État pour connaître des contestations directes des actes législatifs²⁵⁴⁰.

910. La Cour de justice n'a pas davantage conclu à l'invalidité des actes législatifs unionnaires inconstitutionnels. Le constat d'une antinomie entre une norme législative et une prescription conventionnelle a donné lieu à l'inapplication de la première à la faveur d'une exception d'illégalité dans l'affaire *Vereniging Milieudéfensie*²⁵⁴¹. À cette occasion, le Tribunal a jugé l'article 10, paragraphe 1, du règlement n°1367/2006²⁵⁴² – adopté selon la

²⁵³⁷ CE, 24 février 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, préc. Karine MICHELET relève que par cette solution, « *le Conseil d'État modifie indirectement les obligations du pouvoir réglementaire telles qu'elles découlaient jusqu'alors de l'article 21 de la Constitution. En autorisant la suspension de l'application de cet article en matière d'exécution des lois lorsque les dispositions législatives sont inconstitutionnelles, le juge administratif fait prévaloir le principe de hiérarchie des normes sur la hiérarchie des organes normateurs. Ce faisant il semble même établir une hiérarchie entre différentes normes constitutionnelles au profit de l'article 55 de la Constitution* », (« La loi inconstitutionnelle », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 23-34 (26)).

²⁵³⁸ Mattias GUYOMAR, « Le régime de l'isolement pénitentiaire », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 73-88 (80).

²⁵³⁹ Karine MICHELET, « La loi inconstitutionnelle », préc., p. 26 ; L'hypothèse était déjà évoqué par Bruno GENEVOIS en son commentaire sur l'arrêt *Nicolo*, (« Note sous CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* », préc.).

²⁵⁴⁰ Le Conseil d'État estime ainsi depuis l'arrêt *Brunet* qu'« *en l'absence de demande mettant en cause la légalité d'une décision administrative, il n'appartient pas au juge administratif de déclarer inapplicables des dispositions législatives au motif qu'elles ne seraient pas compatibles avec des engagements internationaux de la France* » : CE, 24 mai 1995, *Brunet*, inédit ; Pour une présentation de la problématique de l'immunité internationale des lois *self-executing* dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, ce Titre, Chapitre 2, section 2, § 2, B, 2).

²⁵⁴¹ TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc.

²⁵⁴² Règlement (CE) n°1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention

procédure législative ordinaire, accédant ainsi à la qualité d'acte législatif de l'Union – contraire à l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus. L'acte législatif en cause fut laissé inappliqué et la décision le mettant en application annulée. Il est toutefois difficile d'affirmer avec certitude que la non invalidation de cette législation était une conséquence du lien de conformité qu'elle entretient avec le droit conventionnel. L'application des règles procédurales régissant les effets de l'irrégularité d'un acte constaté lors d'une exception d'illégalité exigeait une telle solution. Ces effets ont clairement été exposés par René Joliet : « *l'exception d'illégalité ne doit pas être confondue avec le recours en annulation dont elle ne partage pas les effets. Le règlement ne sera pas annulé erga omnes. Il sera déclaré inapplicable dans la mesure où il se concrétise dans la décision individuelle. Cette constatation n'aura d'autorité qu'entre les parties et ne remettra pas en cause l'existence même du règlement. L'exception d'illégalité entraîne donc une remise en cause toute relative de l'acte réglementaire* »²⁵⁴³. Les règles processuelles unionaires justifiaient donc la simple inapplication du règlement 1367/2006.

911. Cela n'exclut cependant pas que les incidences limitées des jugements d'inconventionnalité de la loi européenne ne puissent pas fonder de manière autonome une telle solution, même à la faveur d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Mais, grâce à une pratique particulièrement dynamique de l'interprétation conforme²⁵⁴⁴, la Cour de justice n'a jusqu'à présent pas constaté l'inconventionnalité d'un acte législatif européen à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. L'affirmation de la limitation à l'inapplicabilité des effets du jugement d'inconventionnalité appelle donc toujours un appui jurisprudentiel.

912. La Cour de justice détient toutefois un rôle constitutionnel dans l'ordre juridique de l'Union européenne que n'exerce pas le Conseil d'État dans l'ordre juridique français²⁵⁴⁵. La juridiction de l'Union peut à ce titre se considérer titulaire d'une légitimité l'investissant du

d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, préc., pp. 13-19.

²⁵⁴³ René JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1981, p. 137. Cité par l'avocat général LEGER, Flavien MARIATTE et Dominique RITLÉNG, (Philippe LEGER, 17 janvier 1995, conclusions sur CJCE, *Commission contre Noonan*, C-448/93, *Rec.* p. I-2321, pt. 44 ; Flavien MARIATTE, Dominique RITLÉNG, *Contentieux de l'Union européenne. I : Annulation, exception d'illégalité*, op. cit., p. 358).

²⁵⁴⁴ V. partie 2, Titre 1, chapitre 2.

²⁵⁴⁵ V. Loïc AZOULAI observe que « [l]e juge communautaire a acquis une position particulière dans l'Union en rejetant toute déférence à l'égard de l'autorité politique d'où procède traditionnellement l'autorité judiciaire », « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, 2008, pp. 29-47 (42-43).

pouvoir d'invalider les lois inconstitutionnelles, dans la mesure elle réserve déjà ce sort aux actes législatifs ou réglementaires européens adoptés en violation du droit primaire²⁵⁴⁶. La sauvegarde de l'équilibre des pouvoirs plaide toutefois en faveur de la simple inapplication *inter partes* de la loi inconstitutionnelle. Cette limitation permettrait de tirer les conséquences de la distinction du lien entretenu par le droit dérivé avec les droits constitutionnel et conventionnel européen. Le lien de validité qu'entretiennent les actes législatifs unionnaires avec le droit primaire implique l'invalidation de la loi inconstitutionnelle. Le lien de conformité qu'entretiennent les actes législatifs avec le droit conventionnel justifie l'inapplication immédiate de la loi inconstitutionnelle.

3) Inapplication immédiate de la loi inconstitutionnelle

913. La question prioritaire de constitutionnalité a modifié le rôle attribué par les justiciables au contrôle de conventionnalité. Autrefois employé comme palliatif à l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois²⁵⁴⁷, cet office est désormais davantage envisagé comme lui étant complémentaire²⁵⁴⁸. Cette complémentarité procède principalement de l'immédiateté de l'inapplicabilité de la loi inconstitutionnelle. L'invalidité de la loi objet d'un jugement d'inconstitutionnalité est en effet susceptible d'être différée dans le temps aux fins de ne pas créer de vide juridique, et d'offrir au législateur un délai d'amendement du dispositif litigieux. De sorte que, dans certaines hypothèses, le justiciable tire davantage profit du jugement d'inconstitutionnalité à effet immédiat que du jugement d'inconstitutionnalité à effet différé. Sébastien Platon remarque en ce sens que « *les requérants ont tout intérêt à*

²⁵⁴⁶ Caroline NAOME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2010, pp. 282-283.

²⁵⁴⁷ Denys DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », préc., pp. 227-228.

²⁵⁴⁸ À cet égard, on peut relever que les réticences des juges du Palais Royal à étendre l'exercice du contrôle *a posteriori* de la compatibilité de la loi aux normes conventionnelles sans effet direct s'expliquaient lorsque leur constitutionnalité ne pouvait être contrôlée qu'*a priori* (David BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence Nicolo ? », préc., p. 881). Le déséquilibre entre les autorités respectives des accords internationaux et du bloc de constitutionnalité influait sur le choix du juge administratif de ne pas dissocier l'invocabilité de l'effet direct dans l'arrêt *GISTI* de 1997, (CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc.). L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité prive de pertinence l'argument tenant au paradoxe de la situation dans laquelle la Constitution, dont l'adoption et la révision sont assorties des plus fortes garanties sur le plan des principes démocratiques, avait une utilité contentieuse moindre que les traités, « *négociés par les exécutifs et ratifiés en vertu d'une loi sur laquelle le Parlement a peu de prise* », (Didier CHAUVVAUX, Thierry-Xavier GIRARDOT, « Les clauses d'un traité international dépourvues d'effet direct ne peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire », préc., p. 241).

développer une stratégie contentieuse du “plus offrant” : si le Conseil constitutionnel décide de différer dans le temps l'abrogation d'une loi contraire à un droit ou à une liberté constitutionnelle, les requérants ne bénéficiant pas de cette abrogation auront tout intérêt à invoquer l'inconventionnalité de cette même loi, afin de bénéficier de son inapplicabilité immédiate »²⁵⁴⁹.

914. Par ailleurs, le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt *Chegrani*, que « dans l'exercice du contrôle de conformité des lois à la Constitution qui lui incombe selon la procédure définie à l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a le pouvoir d'abroger les dispositions législatives contraires à la Constitution ; que les juridictions administratives et judiciaires, à qui incombe le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'Union européenne ou les engagements internationaux de la France, peuvent déclarer que des dispositions législatives incompatibles avec le droit de l'Union ou ces engagements sont inapplicables au litige qu'elles ont à trancher ; qu'il appartient, par suite, au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée »²⁵⁵⁰.

915. L'affaire *Chegrani* s'inscrivait dans l'abondant contentieux des pensions de retraite des anciens combattants étrangers. Il était allégué que l'article 68 de la loi du 20 décembre 2002 relative aux pensions de retraite des anciens combattants introduisait une discrimination. Plus précisément, c'est le critère choisi pour évaluer le montant de ces pensions – le lieu de résidence de l'ancien combattant – que M. Chegrani considérait discriminatoire. En prévoyant des conditions de revalorisation différentes de celles prévues par le Code des pensions civiles et militaires de retraite, cette loi laissait subsister une différence de traitement avec les ressortissants français résidant dans le même pays étranger. De plus, le fait que les prestations versées aux anciens combattants soient calculées en fonction des parités relatives de pouvoir d'achat entre la France et l'État de résidence lors de la liquidation initiale des droits crée une

²⁵⁴⁹ Sébastien PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : malaise dans le contentieux constitutionnel », préc., p. 642.

²⁵⁵⁰ CE, 29 octobre 2012, *Chegrani*, n°329649, pt. 6, nous soulignons.

discrimination à raison de la nationalité. Par conséquent, le Conseil constitutionnel a jugé cette législation inconstitutionnelle en 2010, en la considérant contraire au principe d'égalité. Il a toutefois décidé que la « déclaration [...] prend effet à compter du 1^{er} janvier 2011 »²⁵⁵¹. Or, M. Chegrani, ressortissant algérien, demandait au Conseil d'État l'annulation d'une décision du 17 février 2008 par laquelle l'administration lui avait refusé la revalorisation de sa pension de retraites sur le fondement de ladite loi. La décision du Conseil constitutionnel ne lui permettait alors d'obtenir une revalorisation qu'à compter de la date d'abrogation de la loi inconstitutionnelle, le 1^{er} janvier 2011, alors que le réclamant demandait que celle-ci soit effectuée à compter du 1^{er} janvier 2004. Et c'est finalement en alléguant la violation de l'article 14, combiné avec l'article 1, du premier Protocole de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, que M. Chegrani obtint du Conseil d'État qu'il tire les conséquences du caractère discriminatoire de la loi de 2002, en réévaluant sa pension de retraite pour la période courant du 1^{er} janvier 2004 au 1^{er} janvier 2011. La très haute juridiction administrative donna en effet droit à sa demande et jugea qu'il convenait d'accorder au requérant les arrérages correspondant à la revalorisation de sa pension de retraite pour la période comprise entre le 17 février 2006 et le 24 juin 2011²⁵⁵².

916. Lorsqu'un jugement d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel ne permet pas d'effacer les conséquences préjudiciables causées par un acte sur la situation juridique d'une personne privée, celle-ci peut solliciter l'inapplication de cet acte en se fondant sur une règle conventionnelle porteuse d'une norme équivalente afin d'obtenir satisfaction de sa revendication. L'immédiateté des effets des jugements d'inconstitutionnalité peut offrir aux particuliers une protection de leur situation juridique plus avantageuse qu'un jugement d'inconstitutionnalité dont les effets *erga omnes* sont différés dans le temps.

917. Le filtre de l'effet direct peut priver le contrôle de conventionnalité de cette complémentarité fonctionnelle. Une affaire *France nature environnement* en atteste. Le Conseil constitutionnel a jugé l'article 512-5 du code de l'environnement²⁵⁵³ contraire au principe de participation garanti par l'article 7 de la Charte de l'environnement. Cependant,

²⁵⁵¹ Cons. const., 28 mai 2012, *Khedidja et Moktar Labane*, QPC n°2010-1, *Rec. CC*, p. 91, article 2 du dispositif.

²⁵⁵² L'article L 75 du code des pensions civiles et militaires de retraites limite à deux années le rappel d'arrérages revalorisés. La demande avait été déposée par M. Chegrani, le 17 février 2008.

²⁵⁵³ Article L. 512-5 du code de l'environnement dans sa rédaction résultant du 2° du I de l'article 97 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : « *Les projets de règles et prescriptions techniques font l'objet d'une publication, éventuellement par voie électronique, avant leur transmission au Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques* ».

les juges de Montpensier estiment qu'« l'abrogation immédiate des dispositions déclarées contraires à la Constitution aurait pour seul effet de faire disparaître les dispositions permettant l'information du public sans satisfaire aux exigences du principe de participation de ce dernier ; que, par suite, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2013 la date d'abrogation de ces dispositions »²⁵⁵⁴. Il est alors regrettable que les requérants ne puissent pas se saisir de l'article 8 de la Convention d'Aarhus²⁵⁵⁵ - équivalent normatif de l'article 7 de la Charte - en raison de son défaut d'effet direct²⁵⁵⁶, afin de contester la régularité de la loi en cause. L'invocabilité d'éviction de cette règle conventionnelle permettrait en effet d'obtenir l'inapplication immédiate de l'arrêté contesté, adopté sur son fondement.

918. Le jugement d'inconventionnalité a pour conséquence l'inapplication immédiate de la loi inconventionnelle. Lorsqu'une norme administrative entre en conflit avec le droit conventionnel, le juge confère en revanche une primauté de validité au second, récusant l'appartenance de la première à l'ordre juridique.

B. Le juge, l'acte administratif et la primauté de validité du droit conventionnel

919. Lorsqu'un acte administratif français ou unionaire est contesté sur le fondement du droit conventionnel, les juridictions de Paris et de Luxembourg confèrent une primauté de validité, le *Geltungsvorrang*, au traité. L'annulation de cet acte administratif inconventionnel a un effet *erga omnes partes*. L'invalidité de l'acte administratif peut procéder du lien de validité qui l'unit à l'accord international méconnu (1), ou de la perte de sa base juridique lorsqu'il a été adopté en application d'une loi jugée inconventionnelle (2).

²⁵⁵⁴ Cons. const., 13 juillet 2012, *Association France nature environnement*, n° 2012-262, *Rec. CC*, p. 326.

²⁵⁵⁵ L'article 8 de la Convention d'Aarhus stipule que « [c]haque Partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié - et tant que les options sont encore ouvertes - durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement ».

²⁵⁵⁶ CE, 16 novembre 2011, *Société Ciel et Terre*, n°344972, *Tables Leb.* pp. 746, 825, 947 ; CE, 20 mars 2013, *Association Robin des toits*, n°354321, inédit ; CE, 25 septembre 2013, *Société française pour l'environnement*, n°352660, inédit ; CE, 16 juillet 2014, *Conseil national des professions de l'automobile*, n°365515, inédit.

1) Annulation de l'acte administratif autonome inconventionnel

920. La Cour de justice a fondé lien de validité entre les actes administratifs adoptés par les institutions de l'Union et les accords internationaux qui lient leur production normative sur l'article 216, paragraphe 2 du TFUE. Dans l'affaire *Racke*, le Tribunal de l'Union a en effet estimé que la validité des actes administratifs unionnaires est conditionnée au respect du droit conventionnel, rappelant qu'« [i]l ressort de l'article 228, paragraphe 7, du traité CE [actuel article 216, paragraphe 2 du TFUE], que les accords internationaux conclus par la Communauté en conformité avec le traité lient les institutions et les États membres »²⁵⁵⁷. Il a ensuite jugé l'acte réglementaire communautaire, portant retrait de concessions tarifaires concernant l'importation de boîtes de vitesses construites en Autriche²⁵⁵⁸, contraire à l'article 10 de l'accord sur l'espace économique européen, qui prohibe les taxes à effets équivalents à des droits de douane imposés à des opérateurs économiques ayant leur siège dans l'un des États parties. En conséquence, ledit règlement fut annulé et non seulement laissé inappliqué. Un lien de validité était donc établi entre le droit conventionnel et l'acte administratif européen entrant dans son champ d'application.

921. Il en va de même en droit administratif français²⁵⁵⁹. Le Conseil d'État français a en effet établi un lien de validité entre droit conventionnel et actes administratifs internes. L'annulation des actes administratifs dérive de leur incompatibilité matérielle, et non formelle, avec les obligations imposées à l'administration française par le droit conventionnel. C'est ainsi que dans la décision *Section française de l'observatoire international des prisons*, le Conseil d'État a jugé qu'en vertu des articles 3-1 et 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant, « un régime d'isolement ne peut être rendu applicable aux mineurs sans que des modalités spécifiques soient édictées pour adapter en fonction de l'âge ». Or, « faute de comporter de telles modalités d'adaptation du régime de mise à l'isolement applicable aux mineurs, le décret attaqué²⁵⁶⁰ n'offre pas de garanties suffisantes au regard »²⁵⁶¹ des exigences de la Convention de New York. La très haute juridiction administrative en a conclu

²⁵⁵⁷ CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, préc., pt. 101.

²⁵⁵⁸ Règlement (CE) n°3697/93 du Conseil, du 20 décembre 1993, portant retrait de concessions tarifaires conformément à l'article 23, paragraphe 2, et à l'article 27, paragraphe 3, sous a), de l'accord de libre-échange conclu entre la Communauté et l'Autriche (General Motors Austria), *JOCE*, L 343, p. 1.

²⁵⁵⁹ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 965.

²⁵⁶⁰ Décret n°2006-338 du 21 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'isolement des détenus, *JORF* 23 mars 2006, p. 4349.

²⁵⁶¹ CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, préc.

que « les dispositions de l'article 1^{er} de ce décret doivent être annulées en tant qu'elles sont applicables aux mineurs »²⁵⁶². Le décret, objet d'un jugement d'invalidité, est donc privé de validité, et conséquemment soustrait de l'ordre juridique. Il apparaît donc que dans les limites de son champ d'application, le droit conventionnel bénéficie donc d'une primauté de validité sur le droit interne.

922. Les actes administratifs qui concrétisent un règle de portée générale inconventionnelle sont pour leur part privés de leur validité en raison de l'inapplicabilité de leur base juridique.

2) Invalidation de l'acte administratif pris en application d'une loi inconventionnelle

923. Les actes administratifs édictés qui trouvent leur base juridique dans un acte juridique de portée générale inconventionnel sont invalides. Aussi, la Cour de justice et le Conseil d'État français annulent ces actes lorsqu'ils estiment que l'administration était investie du pouvoir de les émettre par une norme d'habilitation contrariant les obligations conventionnelles de l'Union ou de la France. Un acte administratif individuel européen a par exemple été annulé par la Cour de justice en raison de l'irrégularité de sa base juridique dans l'affaire *Vereniging Milieudefensie*²⁵⁶³. Cette décision administrative émise par la Commission – refusant le réexamen d'une dérogation temporaire aux obligations en matière de garantie de la qualité de l'air pesant sur les autorités hollandaises – avait en effet été adoptée sur le fondement d'un acte législatif contraire à la Convention d'Aarhus²⁵⁶⁴. Bien que la norme d'habilitation législative ait seulement été jugée inapplicable au litige, la décision administrative qui y puisait sa base juridique fut privée de sa validité et soustraite de l'ordre juridique de l'Union européenne.

924. Le Conseil d'État a de la même manière annulé certains décrets d'application de la loi de Finances rectificative de 2003²⁵⁶⁵, en raison de la violation par cette loi de la Convention

²⁵⁶² CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, préc.

²⁵⁶³ TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, préc.

²⁵⁶⁴ Cette décision rejetait, comme irrecevable, leur demande visant à ce que la Commission réexamine la décision par laquelle elle accorda au Royaume des Pays-Bas une dérogation temporaire aux obligations prévues par la directive 2008/50 concernant la qualité de l'air : Directive (CE) n°2008/50 du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008, concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe, préc.

²⁵⁶⁵ Loi de finances rectificative pour 2003, du 30 décembre 2003, n°2003-1312, *JORF* n°302 du 31 décembre 2003 p. 22594.

internationale des droits de l'enfant²⁵⁶⁶. L'article 97 de cette loi de Finances subordonnait l'accès des enfants étrangers à l'aide médicale à une durée de résidence ininterrompue de 3 mois. À défaut, seuls les soins urgents, sans lesquels le pronostic vital de l'enfant peut être engagé, étaient mis à disposition des mineurs étrangers. L'exclusion des enfants étrangers de l'aide médicale, lorsque leur pronostic vital n'était pas engagé, a été jugé contraire à l'article 3, alinéa 1 de la Convention de New York, qui exige que « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées, de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Par conséquent, les décrets du 28 juillet 2005 relatifs à l'aide médicale de l'État²⁵⁶⁷, ainsi que le décret relatif aux modalités d'admission des demandes d'aide médicale de l'État²⁵⁶⁸ « sont annulés en tant qu'ils mettent en œuvre à l'égard des mineurs la condition de durée de résidence prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles ». Les actes administratifs pris en application d'un acte législatif inconstitutionnel sont donc également invalidés dans la jurisprudence du Conseil d'État français.

925. En définitive, l'inconstitutionnalité de l'acte administratif, qu'il soit autonome ou pris en application d'une loi, est sanctionnée par un jugement d'invalidité. Il existe donc une différence de traitement juridictionnel des actes administratifs et législatifs inconstitutionnels : les premiers sont privés de validité, tandis que les seconds sont seulement jugés inapplicables. Dans le premier cas, le respect de la légalité conventionnelle est rétabli par l'invalidation de l'acte inconstitutionnel ; dans le second, un mouvement est initié par le juge en faveur de son respect, le législateur étant appelé à l'achever en amendant la loi inconstitutionnelle.

* *
*

²⁵⁶⁶ CE, 7 juin 2006, *Association AIDES*, n°285576, *Leb.* p. 282.

²⁵⁶⁷ Décret n°2005-859 du 28 juillet 2005 relatif à l'aide médicale de l'État et modifiant le décret n° 54-883 du 2 septembre 1954 modifié pris pour l'application de l'ensemble des dispositions du décret du 29 novembre 1953 relatif à la réforme des lois d'assistance, *JORF* n°175, 29 juillet 2005 p. 12353.

²⁵⁶⁸ Décret n°2005-860 du 28 juillet 2005 relatif aux modalités d'admission des demandes d'aide médicale de l'État, *JORF* n°175 du 29 juillet 2005 p. 12354.

926. Conclusion de chapitre : Ouvrir les prétoires internes à l'invocabilité d'exclusion nécessite de fonder le droit des personnes privées de se prévaloir des accords internationaux sur la primauté qu'ils retirent de la Constitution²⁵⁶⁹. Le juge interne pourrait alors être appelé à contrôler la compatibilité du droit interne avec l'ensemble des éléments de la légalité conventionnelle²⁵⁷⁰, ce qui constituerait un instrument de garantie de la cohérence de l'ordre juridique dans lequel il officie. Il permettrait en effet de dissoudre les antinomies procédant de la violation du droit conventionnel par le produit juridique des autorités normatives françaises et de l'Union européenne. Cet office ne doit toutefois pas être exercé sans égard pour la sécurité juridique²⁵⁷¹ et l'équilibre des pouvoirs. Pour cette raison, le contrôle de la compatibilité du droit interne aux obligations conventionnelles imprécises doit être limité à l'examen de l'inexistence d'une erreur manifeste d'appréciation du législateur ou de l'exécutif lorsqu'ils édictent des normes dans leur champ d'application. Seuls les actes constitutifs d'une violation manifeste de ces prescriptions conventionnelles liant la France et/ou l'Union européenne doivent être inappliqués ou invalidés. Cette limitation de l'intensité du contrôle opéré par les juridictions permettrait de réserver aux autorités législatives et exécutives le pouvoir de concrétiser ces prescriptions conventionnelles dans les ordres juridiques français et de l'Union. Et dans le même temps, la sanction de l'adoption par les autorités législatives et exécutives d'actes manifestement interdits par le droit conventionnel serait garantie. De sorte que la force obligatoire, qui est actuellement retirée aux normes conventionnelles incomplètes par la conditionnalité d'effet direct, leur serait restituée. Enfin, une posture favorable au traitement interne du droit international²⁵⁷², fidèle à l'esprit des constitutions française et de

²⁵⁶⁹ V. Ronny ABRAHAM, « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, préc. ; Gaëlle DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, préc. ; Julianne KOKOTT, 20 novembre 2007, conclusions sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) e.a. contre Secretary of State or Transport*, préc. ; Niilo JÄÄSKINEN, 8 mai 2014, conclusions sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, préc.

²⁵⁷⁰ Exception faite des règles conclus sous l'égide de l'OMC, fondées sur le principe de réciprocité et d'avantages mutuels.

²⁵⁷¹ Assurer la stabilité des situations juridiques s'avère en effet parfois préférable à une application trop rigoureuse de la règle de droit, (Daniel LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant, op. cit.*, p. 404). C'est ainsi qu'un tel contrôle est exclu contre tout type d'acte juridique dans les configurations contentieuses horizontales, et contre les actes juridiques individuels dans les configurations contentieuses triangulaires : V. partie 1, Titre 2, Section 1, § 1, C.

²⁵⁷² Positionnement de l'ordre juridique que la doctrine allemande désigne sous le vocable « *Völkerrechtsfreundlichkeit* ».

l'Union²⁵⁷³, serait adoptée. Cette posture favoriserait le respect par la France et l'Union européenne de leurs obligations conventionnelles, ce qui limiterait les hypothèses d'engagement de leur responsabilité internationale.

²⁵⁷³ Piet ECKHOUT écrit : « *it is appropriate for the EU legal order to show great openness towards international law. That is appropriate in the light of Article 216 (2) TFEU; the basic principle that agreements concluded by the EU form an integral part of the EU legal order* », (*External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations, op. cit.*, p. 374). Traduction : « il est approprié que l'ordre juridique de l'Union fasse preuve d'une grande ouverture à l'égard du droit international. C'est approprié au regard de l'article 216, paragraphe 2 TFUE ; le principe matriciel selon lequel les accords conclus par l'Union européenne font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne ». Les articles 55 de la Constitution de 1958 et l'alinéa 14 du préambule de 1946 (précités) traduisent une ouverture équivalente de l'ordre juridique français au droit international.

Chapitre 2 : Perspective internationale : un instrument d'observance des obligations internationales

927. Le fait internationalement illicite engage aussi bien la responsabilité internationale de l'État français²⁵⁷⁴ que de l'Union européenne²⁵⁷⁵. Cette illicéité procède de la violation d'une obligation internationale qui les lie par l'un de leurs organes²⁵⁷⁶. L'Union européenne n'est pas souveraine, mais elle est un sujet dérivé du droit international qui « a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux »²⁵⁷⁷. Elle doit à ce titre répondre des violations de ses obligations internationales et peut à cette fin voir sa responsabilité internationale engagée. Sur recommandation de l'Assemblée générale des Nations Unies²⁵⁷⁸, la Commission du droit international s'est attelée à élaborer le projet d'Articles sur le droit de la responsabilité internationale des organisations internationales²⁵⁷⁹. Ce projet d'Articles, préparé sur la base de sept rapports de Giorgio Gaja, est largement inspiré des Articles sur la responsabilité internationale des États. Les principes relatifs au droit de la responsabilité internationale présentés dans ce chapitre sont donc applicables à la responsabilité de l'État français et de l'Union européenne²⁵⁸⁰.

²⁵⁷⁴ Article 1 des Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État.

²⁵⁷⁵ Article 3 du projet d'Articles de la C.D.I. sur la responsabilité des organisations internationales. Et Daniel MÜLLER observe qu'en comparaison avec les autres organisations internationales, « l'Union européenne est bien plus exposée à la responsabilité internationale en raison de son statut particulier : elle ne constitue pas simplement un forum de coopération pour ses États membres ou un cadre pour les relations internationales multilatérales, mais elle exerce des compétences souveraines que les États membres lui ont transféré, au niveau externe et externe », (« Union européenne et responsabilité internationale », in *Union européenne et droit international. Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier, op. cit.*, pp. 339-359 (343)).

²⁵⁷⁶ L'assimilation du comportement des organes des États ou des organisations internationales à des faits internationaux a été opérée par la Commission du droit international : article 4, alinéa 1 des Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État : « Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres... » ; article 5 du projet d'Articles de la C.D.I. sur la responsabilité des organisations internationales : « Le comportement d'un organe ou agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou agent est considéré comme un fait de cette organisation par le droit international ».

²⁵⁷⁷ CIJ, avis consultatif, 11 avril 1949, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies, Rec. CIJ*, p. 174 (179).

²⁵⁷⁸ Nations Unies, Assemblée générale, 12 décembre 2001 résolution 56/82, « Rapport de la Commission de droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », doc. I/RES/56/82, pt.8.

²⁵⁷⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, supplément n°10 (A/64/10), pp. 21-183.

²⁵⁸⁰ La question de l'imputation du comportement de l'administration des États membres agissant en qualité d'exécutif de l'Union européenne, et omettant de donner effet à une obligation internationale liant l'Union

928. Dans l'ordre international, l'article 2 du projet d'Articles sur la responsabilité internationale des États dispose qu'« *il y a un fait internationalement illicite lorsqu'un comportement constituant une action ou une omission : a) est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État* »²⁵⁸¹. L'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des organisations internationales reprend à l'identique les termes de cette disposition, en incluant cette fois ces organisations dans son champ d'application *ratione personae*²⁵⁸². S'agissant du cas spécifique des obligations internationales tirées des accords mixtes, « *l'engagement conventionnel de l'ensemble européen [est] indivis sur le plan international* », de sorte que

européenne soulève d'importantes difficultés. La fonction exécutive de l'Union européenne est en effet exercée en premier lieu par les États membres en vertu du principe d'administration indirecte. La Commission européenne a ainsi relevé dans ses observations apportées aux travaux de la C.D.I. sur la responsabilité internationale des organisations internationales que « *le fait que l'application du droit communautaire, même dans les domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté, est normalement du ressort des États membres et de leurs autorités pose la question de savoir si la Communauté, en tant que telle, est responsable non seulement des actes de ses propres organes, mais aussi de ceux accomplis par les États membres et leur autorités...* », (Doc. A/CN.4/545, p. 20). Les travaux de la C.D.I. indiquent que l'imputation des comportements de ces organes étatiques mis à disposition de l'organisation dépend de l'autorité exerçant un contrôle prééminent sur leur action. L'article 7 du projet d'Articles sur la responsabilité internationale des organisations internationales dispose à cet égard que « *le comportement d'un organe d'un État [...] mis à disposition d'une autre organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement* ». Ce critère est contesté par la Commission européenne qui, comme le relève Daniel MÜLLER, considère que « *ce ne serait pas celui qui a le contrôle effectif sur les comportements d'un organe ou d'un agent qui doit en assumer les conséquences, mais celui qui peut effectivement remédier à l'illicéité qui voit sa responsabilité engagée* », (« Union européenne et responsabilité internationale », in *Union européenne et droit international. Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier, op. cit.*, p. 351) ; V. dans le même sens, Esa PAASIVIRTA, Peter Jan KUIJPER, « Does One Size Fit All?: The European Community and the Responsibility of International Organizations », *NYIL*, 2005, pp. 169-226. Enfin qu'un Groupe Spécial, chargé de rédiger un rapport sur l'affaire relative à *certaines questions douanières* porté à la connaissance de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, a admis l'existence d'un « *fédéralisme exécutif* » qui « *veut que le droit communautaire soit généralement mis en œuvre par ses États membres* », et que la Communauté est tenue pour internationalement responsable des agissements de ces organes étatiques : Rapport du Groupe Spécial, 16 juin 2006, *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, disponible sur internet : www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/315abr_f.doc. § 4.389.

²⁵⁸¹ Rapport de la C.D.I., 53^{ème} session, 23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001, A.G., doc. off., 56^{ème} session, Suppl. n° 10 (A/56/10), projet dont l'Assemblée générale a pris note dans sa résolution 56/83, adoptée le 12 décembre 2001 par consensus. Alain PELLET relève que, mis en perspective avec le projet d'articles de 1996 encore marqué par l'influence de Roberto Ago, le projet d'articles de 2001 « *passé [...] d'une conception interpersonnelle, civile si l'on veut, de la responsabilité internationale, à une approche plus objective ; peu important les conséquences d'une violation du droit international, celui-ci doit être respecté et tout manquement engage la responsabilité de son auteur* », (« Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite suite – et fin ? », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 1-23 (3)).

²⁵⁸² L'article 4 dispose qu'« *il y a un fait internationalement illicite d'une organisation internationale lorsqu'un comportement constituant une action ou une omission : a) est attribuable à cette organisation en vertu du droit international ; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation* » : Rapport de la C.D.I., texte adopté à sa 63^{ème} session, 2011, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/66/10)

« la violation de toute disposition d'un accord mixte constitue un fait illicite, tant pour l'Union que pour les États membres »²⁵⁸³.

929. Toute règle conventionnelle liant une partie contractante constitue une obligation internationale qui s'impose à elle, indépendamment de son aptitude à produire un effet direct. Les développements qui suivent ont pour objet d'établir comment l'action des organes juridictionnels français et de l'Union européenne peut entraver le processus de formation ou de pérennisation des comportements constitutifs de faits illicites. Au contraire des juridictions internationales²⁵⁸⁴, les juridictions internes peuvent annuler les actes juridiques individuels qui violent les obligations conventionnelles de la France ou de l'Union européenne, dans la mesure où ils lèsent un droit individuel internationalement protégé. Elles peuvent également priver d'effets juridiques les normes d'habilitation qui imposent ou permettent la violation de ces obligations internationales²⁵⁸⁵. De sorte que ces juridictions peuvent supprimer, mais aussi prévenir la formation de la cause de la responsabilité internationale : le fait illicite. En cela le contrôle juridictionnel du respect par les autorités publiques des éléments de la légalité conventionnelle « *brid[e] la puissance des États en la coulant dans le moule du droit* »²⁵⁸⁶. Le comportement des organes juridictionnels des États de droit vis-à-vis de leurs obligations internationales s'en trouve « *conçu comme un moyen de pacification de leurs relations*

²⁵⁸³ Eleftheria NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, 2010, p. 196.

²⁵⁸⁴ Ronny ABRAHAM a rappelé que « *dans l'ordre international ou au regard du droit international, le droit national n'est pas du droit, mais du fait. [...] la loi nationale n'est prise en compte qu'en tant que situation de fait dont il y a certaines conséquences à tirer, mais certainement pas des conséquences de droit* ». De sorte que les juridictions internationales n'ont pas le pouvoir de priver de validité la règle nationale, qui ne crée par de droit dans l'ordre juridique dont elles relèvent, dès lors qu'un fait ne s'annule pas, (« L'articulation du droit interne et du droit international », in Gérard CAHIN, Florence POIRAT, Sandra SZUREK, (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 257-278 (257)).

²⁵⁸⁵ André NOLLKAEMPER relève à ce propos que « *The comparative strength of domestic courts lies first and foremost in their power to secure legal restitution. When a domestic act (for instance a statute or a judgment) is in conflict with an international obligation, international law may require legal restitution. But while international courts can pronounce that such legal restitution is due, they themselves cannot effectuate such restitution. In contrast, domestic courts of many states may provide for legal restitution by 'disapplying' or nullifying the act or statute of national law that conflicts with international law. Domestic courts thus possess far greater powers to achieve the result sought by international law* », (« Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », préc., p. 793). Traduction : « L'avantage comparatif des juridictions internes réside en premier lieu dans leur pouvoir de réformation du droit. Lorsqu'un acte juridique interne (par exemple, une loi ou un jugement) entre en conflit avec une obligation internationale, le droit international peut réclamer les réformations du droit. Mais alors que les juridictions internationales peuvent affirmer que cette réformation du droit est un dû, elles ne peuvent y procéder elles-mêmes. Au contraire, les juridictions internes de nombreux États peuvent effectuer la réformation du droit en laissant inappliquée ou en invalidant l'acte juridique national qui entre en conflit avec le droit international. Les juridictions internes possèdent par conséquent de plus grands pouvoirs pour atteindre les objectifs définis par le droit international ».

²⁵⁸⁶ Jacques CHEVALLIER, « État de droit et relations internationales », *AFRI*, 2006, pp. 4-17 (11).

mutuelles »²⁵⁸⁷. L'invocabilité d'exclusion favoriserait l'exercice de cet office des juridictions internes, en permettant la sollicitation du contrôle de la compatibilité des actes juridiques internes à l'ensemble des règles conventionnelles liant la France et/ou l'Union européenne. La violation des normes conventionnelles sans effet direct étant susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale qui en est l'auteur, il conviendrait de conférer aux personnes privées le droit de s'en prévaloir devant les juridictions internes, pour qu'elles puissent réclamer l'invalidation ou l'inapplication de l'acte juridique dont peut dériver l'illicéité.

930. L'invocabilité d'exclusion devant les juridictions internes permettrait dans un premier temps de prévenir la commission de faits internationalement illicites causés par l'édiction d'actes juridiques individuels. D'une part, cette prévention peut s'exercer en amont de l'émission de ces normes individuelles, par l'annulation des normes d'habilitation investissant les organes de l'État du pouvoir de les produire. L'adhésion à la théorie du fait complexe permet même d'envisager l'évitement de la réalisation du fait internationalement illicite en aval de l'édiction de la norme individuelle. Dans le cadre de cette théorie, le fait internationalement illicite n'est en effet pas consommé avant que le juge interne n'ait accordé un brevet de validité à l'acte litigieux (section 1). Dans un second temps, l'invocabilité d'exclusion permettrait de dissoudre les illicéités internationales qui peuvent exceptionnellement procéder de l'existence de certaines règles générales internationalement prohibées. Le problème de l'accès restreint au juge de la légalité des actes de portée générale dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne se pose toutefois en cette hypothèse (section 2).

²⁵⁸⁷ Jacques CHEVALLIER, « État de droit et relations internationales », préc., p. 11.

Section 1 : L'invocabilité d'exclusion, instrument de prévention des illicéités causées par les actes juridiques individuels

931. En principe, les actes internes de portée générale ne peuvent pas constituer des faits internationalement illicites dans l'ordre international. Seule leur concrétisation par des actes juridiques de portée individuelle, susceptibles d'affecter les droits des personnes privées ou des États, est en mesure de provoquer la formation de l'illicéité internationale.

932. Pour prévenir la formation du fait internationalement illicite, il appartient alors aux juridictions internes d'anticiper l'édiction de tels actes individuels inconventionnels, en annulant les normes d'habilitation susceptibles d'en constituer la base juridique. En offrant aux personnes privées le droit de se prévaloir des obligations conventionnelles – dotées ou non d'effet direct – devant les juridictions internes, l'invocabilité d'exclusion ferait de l'invalidation (cas des actes administratifs) ou de l'inapplicaton (cas des actes législatifs) le sort plausible des normes d'habilitation inconventionnelles (§ 1). En revanche, lorsqu'un acte individuel inconventionnel a été édicté, son invalidation permet seulement d'obtenir la cessation de l'illicéité dont il est la cause (et non de prévenir sa formation). L'épuisement des voies de recours internes permettant de contester la conventionnalité des actes individuels ne constitue pas en effet une condition substantielle de la formation de cette illicéité (§ 2).

§ 1. La prévention de l'illicite par l'annulation de la norme habilitant l'édiction d'actes individuels illicites

933. La réalisation d'un fait internationalement illicite par la France ou l'Union européenne peut être prévenue au moyen de l'annulation par l'un de leurs organes juridictionnels de la norme habilitant l'édiction d'un acte juridique individuel contraire à une obligation internationale qui s'impose à elles. L'invocabilité d'exclusion des règles conventionnelles liant la France et l'Union européenne devant leurs juridictions est nécessaire à l'effectivité de cet office, dans la mesure où le fait internationalement illicite procède de leur violation, qu'elles soient susceptibles ou non de produire un effet direct dans les ordres juridiques des parties contractantes. Bien que les normes d'habilitation qui imposent ou permettent l'édiction

des normes individuelles contraires à des obligations internationales soient incompatibles avec les obligations en question, elles ne réalisent pas par elles-mêmes le fait internationalement illicite²⁵⁸⁸. Ces règles générales sont simplement l'élément moteur de l'illicéité. Mais, pour que celle-ci soit consommée, il est encore nécessaire que le produit juridique étatique incompatible avec une prescription internationale soit appliqué à une situation juridique individuelle. Ce sont alors les actes pris en exécution de ces normes d'habilitation qui vont créer le délit international. Le caractère *self-executing* de l'acte étatique – c'est-à-dire son aptitude à atteindre une situation juridique individuelle – détermine en cela son aptitude à générer une illicéité²⁵⁸⁹. Les juridictions internes détiennent alors le pouvoir de prévenir les illicéités internationales. L'invalidation de la norme de portée générale non *self-executing* permet de prévenir la survenance du fait illicite si elle est opérée avant sa concrétisation par l'organe chargé de son exécution (B). Cette proactivité des juridictions internes est rendue possible par l'inaptitude de principe des normes d'habilitation à constituer des faits internationalement illicites (A).

A. L'inaptitude de principe des normes générales inconventionnelles à être des faits internationalement illicites

934. Le comportement normatif de l'État²⁵⁹⁰, et les règles étatiques de portée générale qui en procèdent, ne sont pas en principe une cause autonome d'illicéité internationale. Accorder aux justiciables le droit de revendiquer l'invalidation ou l'inapplication des règles de portée générale contraires aux règles conventionnelles, en consacrant l'invocabilité d'exclusion de ces dernières, permettrait ainsi de prévenir la survenance de faits internationalement illicites. En effet, la norme de portée générale qui autorise (1) ou contraint (2) l'organe investi du

²⁵⁸⁸ Hélène RASPAIL relève que traditionnellement, en droit international, « les obligations internationales de l'État ne régissent que les comportements opératifs de ce dernier, comportement de réalisation, visant des situations individuelles, que nous avons qualifiés d'opératifs. Dans cette perspective, les règles internes en conflit avec les obligations internationales de l'État ne peuvent donner lieu à un fait internationalement illicite, seule leur application réalisant véritablement une situation individuelle [le peut] », (*Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 172).

²⁵⁸⁹ Une norme de portée générale *self-executing*, affectant une situation juridique individuelle, peut pour cette raison constituer un fait internationalement illicite, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 1.

²⁵⁹⁰ Le comportement normatif de l'État correspond à l'ensemble de l'activité de ses autorités normatives – législative, administrative et juridictionnelle – ayant des conséquences sur l'état du droit interne. Il peut aussi bien consister en une action qu'en une omission d'agir.

pouvoir de la mettre en œuvre, à violer le droit international n'est pas par elle-même constitutive d'un fait internationalement illicite.

1) La norme d'habilitation permettant une violation du droit international n'est pas constitutive d'un fait internationalement illicite

935. Dionisio Anzilotti soutenait au début du XX^{ème} siècle que « *le droit international se borne à déterminer la conduite que l'État doit tenir en telles ou telles circonstances, en lui laissant la liberté de se donner les lois qu'il juge propres à assurer cette conduite. Dans ces cas, la loi, en soi, est indifférente au point de vue du droit international : elle ne saurait donc en constituer une violation, bien qu'elle puisse déterminer une activité de l'État contraire au droit international. Le fait illicite n'est pas la loi, mais l'action qui dérivera de la loi : seule cette action, pourra engager la responsabilité internationale de l'État* »²⁵⁹¹. La jurisprudence internationale qui a succédé à cet écrit a retenu ce principe. L'incompatibilité d'un produit juridique étatique à une norme internationale n'a pas vocation à constituer par elle-même une illicéité internationale. Le délit international est en effet constitué par l'action coordonnée des autorités normatives étatiques générant l'affectation d'une situation juridique individuelle. Cette exigence de l'action coordonnée des autorités normatives étatiques est manifeste dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*²⁵⁹². En l'espèce, une loi polonaise permettait de procéder à des expropriations manifestement incompatibles avec les obligations internationales liant la Pologne et l'Allemagne tirées de la Convention bilatérale de Genève de 1922²⁵⁹³. Cette loi n'a pas été jugée *in abstracto* illicite par la Cour permanente de Justice internationale. L'illicéité était provoquée par son application aux propriétés allemandes, sans laquelle la Pologne n'aurait pas violé ses obligations conventionnelles du fait de son seul comportement normatif²⁵⁹⁴. Dans ce type de situation, la

²⁵⁹¹ Dionisio ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, pp. 285-309 (294).

²⁵⁹² CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, *Rec. CPJI*, série A, p. 19.

²⁵⁹³ Convention germano-polonaise relative à la Haute Silésie faite à Genève le 15 mai 1922, Genève, Publication des la Société des Nations, 1922.

²⁵⁹⁴ La Cour permanente indique ainsi qu'elle « *n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne* » : CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, *Rec. CPJI*, série A, p. 19, (nous soulignons).

norme d'habilitation n'est pas par elle-même constitutive d'un fait internationalement illicite, seul l'usage qui est fait de cette norme d'habilitation, qui affecte une situation juridique individuelle, permet sa survenance. Roberto Ago observait à ce propos que « [l]e fait que l'État tenu par une obligation de ce type ait pris une mesure, et notamment qu'il ait adopté une loi constituant in abstracto un obstacle à la réalisation du résultat requis, n'est pas encore une violation en soi, ni même une ébauche de violation de l'obligation en question. Il n'y aura de violation que si l'on devait constater que l'État a failli in concreto d'assurer ledit résultat »²⁵⁹⁵.

936. La sentence arbitrale *Mariposa development company*²⁵⁹⁶ s'inscrit dans la même logique. L'entreprise requérante réclamait réparation du préjudice subi du fait de l'expropriation par la République du Panama d'un vaste territoire dénommé *El Encanto* dont elle avait acquis la propriété en 1913. Cette expropriation, permise par une loi du 27 décembre 1928 prévoyant le retour au domaine public de propriétés illégitimement acquises²⁵⁹⁷, fut prononcée par la Cour suprême panaméenne le 20 octobre 1931. Or, seules les requêtes tendant à la réparation d'expropriations opérées avant le 3 octobre 1931 relevaient de la compétence la Commission des réclamations États-Unis/ Panama, saisie en l'espèce. Le réclamant alléguait alors que la perte de son titre de propriété avait eu lieu au jour de l'édition de la loi de 1928 habilitant les autorités panaméennes à le déposséder de son bien. La juridiction internationale opposa une fin de non-recevoir à cet argument, soutenant que « [p]ractical common sense indicates that the mere passage of an act under which private property may later be expropriated without compensation by judicial or executive action should not at once create an international claim on behalf of every alien property holder in the country. There should be a locus penitentiae for diplomatic representation and executive forbearance, and claims should arise only when actual confiscation follows »²⁵⁹⁸. La

²⁵⁹⁵ Roberto AGO, « Sixième rapport sur la responsabilité internationale des États », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{ère} partie, § 37, p. 19.

²⁵⁹⁶ Commission des réclamations États-Unis/ Panama, *Mariposa Development Company and others (États-Unis contre Panama)*, jugement du 27 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 338-341.

²⁵⁹⁷ L'article 1 de ladite loi dispose : « *National properties in the hands of private persons who have not legitimately acquired them and which for any reason cannot be considered as hidden lands of the State can be denounced as if they were and the Nation can therefore, exercise the action or actions necessary to return them to its domain...* ». Traduction : « Les biens nationaux possédés par des personnes privées qui ne les ont pas acquis légitimement et qui pour quelconque raison ne peuvent pas être désignés comme des Terres appartenant à l'État peuvent être considérées comme lui appartenant et la Nation peut, par conséquent, exercer l'action ou les actions nécessaires à leur retour au domaine public ».

²⁵⁹⁸ Commission des réclamations États-Unis/ Panama, *Mariposa Development Company and others (États-Unis contre Panama)*, jugement du 27 juin 1933, préc., p. 341. Traduction : « Le bon sens indique que la simple

Commission des réclamations déclina en conséquence sa compétence pour connaître du litige dont elle était saisie. Cette décision se trouve donc empreinte du principe déjà rencontrée dans l'affaire des *intérêts allemands en Haute Silésie*, selon lequel « un “fait” législatif interne faisant obstacle, in abstracto, à l'accomplissement par l'État de ses devoirs internationaux, ne peut absolument pas être considéré comme une violation internationale in concreto »²⁵⁹⁹.

937. L'existence d'une norme d'habilitation autorisant la violation d'une obligation internationale n'est donc pas par elle-même constitutive d'un fait internationalement illicite, il faut encore qu'il soit fait usage de celle-ci par les organes investis du pouvoir de la mettre en application pour que l'illicéité soit constituée²⁶⁰⁰. Mais, en cette hypothèse, la violation concrète du droit international est seulement permise. Il demeurerait alors une incertitude quant à l'applicabilité de cette solution aux hypothèses dans lesquelles les autorités internes sont contraintes de donner effet à une norme d'habilitation illicite, car le respect du droit international est ici interdit par cette norme.

2) La norme d'habilitation interdisant le respect du droit international n'est pas constitutive d'un fait internationalement illicite

938. Dans les affaires *LaGrand*²⁶⁰¹ et *Avena*²⁶⁰², la Cour internationale de justice a jugé qu'une règle générale incompatible avec une prescription internationale, et qui n'accorde pas de pouvoir discrétionnaire à l'organe chargé de son application, ne peut pas constituer par elle-même un fait internationalement illicite. Les deux affaires, opposant respectivement l'Allemagne et le Mexique aux États-Unis, conduisaient la Cour internationale de justice à

édiction d'un acte sur le fondement duquel une propriété privée peut être ultérieurement expropriée sans compensation au moyen d'un acte exécutif ou juridictionnel ne doit pas à elle seule conférer un droit processuel à tout étranger détenteur d'un titre de propriété dans cet État. Il doit y avoir un *locus penitentiae* (un droit de repentir) pour la représentation diplomatique et l'abstention de l'exécutif, et les plaintes ne doivent être traitées que lorsqu'il est effectivement procédé à l'expropriation ».

²⁵⁹⁹ Giorgio DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et complexe dans le droit de la responsabilité », préc., p. 18.

²⁶⁰⁰ Pierre-François LAVAL met en évidence l'importance de l'affectation actuelle de la situation juridique du réclamant « la seule faculté laissée aux autorités de pouvoir procéder à des expropriations sans indemnisation n'avait, d'elle-même, pas suffi à créer un motif de réclamation dans le chef de tout propriétaire concerné par la législation ; encore avait-il fallu qu'une telle législation ait concrètement atteint leurs droits », (*La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 402).

²⁶⁰¹ CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand – Allemagne contre États Unis*, préc.

²⁶⁰² CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains, (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, préc., p. 12

s'interroger sur la conformité de l'application de la doctrine américaine de la carence procédurale à l'article 36, paragraphe 2 de la Convention de Vienne sur la protection consulaire. La règle coutumière de la carence procédurale interdit aux tribunaux fédéraux d'agrèer tout moyen qui n'a pas été soulevé devant les tribunaux fédérés. L'article 36, paragraphe 2 de la Convention de Vienne impose quant à lui aux États de résidence de ressortissants étrangers de s'assurer de l'existence de lois et règlements permettant la réalisation des droits garantis à l'article 36, paragraphe 1. Dans les deux affaires, le droit à la notification du droit à l'assistance consulaire, tiré de l'article 36, paragraphe 1, avait été méconnu par les autorités américaines dans le cadre des procès s'étant déroulés devant les tribunaux fédérés. Et la règle de la carence procédurale faisait obstacle à la révision des jugements rendus par ces tribunaux alors que le défendeur étranger n'avait pas été informé de ce droit, imposant aux juridictions fédérales américaines de violer l'article 36, paragraphe 2 de la Convention de Vienne²⁶⁰³. Pourtant, la règle de la carence procédurale n'est pas jugée constitutive d'un fait internationalement illicite, la Cour précise que « *la violation du paragraphe 2 de l'article 36 a découlé des circonstances dans lesquelles a été appliquée la règle de la carence procédurale, et non de la règle elle-même* »²⁶⁰⁴. Ce n'est donc pas la règle coutumière procédurale américaine qui constitue l'illicéité, mais son application par les juridictions fédérales américaines, alors même que celles-ci se trouvaient dans une situation de compétence liée. Par conséquent, il faut observer, avec Hélène Raspail, que « *le maintien en vigueur de cette règle abstraite n'est pas, en soi, une violation de l'obligation relative à la réalisation d'une certaine situation individuelle des ressortissants étrangers* »²⁶⁰⁵.

939. L'inconventionnalité d'une règle de portée générale peut constituer l'élément moteur de l'illicéité. Mais il n'en reste pas moins que, par principe, l'illicéité qui procède de l'incompatibilité de cette règle avec une obligation internationale n'est réalisée qu'au jour de

²⁶⁰³ La Cour internationale de justice estime dans l'arrêt *LaGrand* que « [l]e problème se pose lorsque la règle de la carence procédurale ne permet pas à une personne détenue de faire des recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer (sans retard) les autorités consulaires compétentes, empêchant par la même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'État d'envoi » : CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand – Allemagne contre États Unis*, préc., § 90.

²⁶⁰⁴ CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand – Allemagne contre États Unis*, préc., § 125.

²⁶⁰⁵ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 169 ; Giuseppe PALMISANO soutient au contraire que « *la Cour a même laissé entendre que, si la cause du fait illicite [...] devait être trouvée dans une loi interne incompatible par nature avec la règle violée, l'obligation de donner des garanties adéquates de non-répétition pourrait coïncider avec l'obligation d'abroger ou de modifier la loi en question* », (« Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire *LaGrand* », *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 753-790 (771)).

sa concrétisation par un acte juridique individuel. Hélène Raspail explique ainsi que les obligations internationales qui prohibent l'existence de règles générales au contenu déterminée « *ne seront violées qu'au jour de l'évènement à prévenir*²⁶⁰⁶, *le fait illicite étant toutefois constitué par le comportement premier – état du droit interne dans le cas qui nous occupe* »²⁶⁰⁷. Le *tempus comissi delicti* répond donc au modèle de la violation d'une obligation de prévention : sa violation est constatée au jour de la mise en application de la norme d'habilitation par une norme individuelle. À titre d'exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme a relevé que, pour se prononcer sur la conventionnalité d'un dispositif juridique, « *il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention ; elle doit avoir été appliquée à son détriment* »²⁶⁰⁸. Dans l'arrêt *Kruslin*, une écoute litigieuse fut l'élément déterminant de la condamnation de la partie requérante à une peine d'emprisonnement. Si bien que la juridiction de Strasbourg a jugé que « *le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré* » et contrevenait par là à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁶⁰⁹. Mais par principe, une telle condamnation de l'état du droit français n'aurait pas été possible si la législation française relative aux écoutes téléphoniques n'avait pas été mise en application par un acte affectant la situation juridique du requérant²⁶¹⁰.

940. Le principe selon lequel une norme de portée générale autorisant ou obligeant l'édiction une norme individuelle contraire au droit international ne constitue pas un fait internationalement illicite tant que cette dernière norme n'a pas été émise est donc solidement établi en jurisprudence²⁶¹¹. Et ce principe permet aux juridictions internes d'anticiper la concrétisation de ces actes impersonnels contraires au droit international, en empêchant ces normes d'habilitation de causer, médiatement, un fait internationalement illicite.

²⁶⁰⁶ Il s'agit de sa mise en application au moyen d'un acte individuel.

²⁶⁰⁷ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 336.

²⁶⁰⁸ Cour EDH, plénière, 6 septembre 1978, *Klass e.a. contre Allemagne*, req. n°5029/71, § 33.

²⁶⁰⁹ Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin contre France*, req. n°11801/85, § 36.

²⁶¹⁰ Le concept de victime potentielle est venu limiter la portée de ce principe. Il permet l'examen de dispositifs législatifs en considération de la pression générée par la seule possibilité qu'elle soit un jour mise en application, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2, A, 1), b).

²⁶¹¹ Pour une présentation des exceptions à ce principe, qui se diffusent en droit international sous la forme d'obligation de comportement normatif, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 1.

B. La prévention de l'édiction de normes individuelles constitutives de faits internationalement illicites

941. La réalisation du fait internationalement illicite est par principe subordonnée à l'édiction d'un acte individuel contraire à une obligation internationale. Les juridictions internes peuvent ainsi adopter une posture proactive qui serait susceptible d'éviter la violation de ces obligations, en annulant les normes qui autorisent ou imposent l'édiction d'actes individuels de ce type. L'efficacité de cette prévention juridictionnelle de la commission de faits internationalement illicites serait dynamisée par la reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion, dans la mesure où elle autoriserait les juges internes à prévenir la réalisation des illicéités causées par la concrétisation d'actes de portée générale contraires à certaines obligations internationales dépourvues d'effet direct.

942. L'annulation par les juridictions internes des normes d'habilitation permettant ou imposant leur édicition empêche la violation concrète de l'obligation internationale et permet de prévenir la formation de l'illicéité dans l'ordre juridique international (1). Certaines juridictions internes française et américaine ont de cette manière empêché que les États dont elles relèvent violent leurs obligations internationales (2).

1) La prévention de la formation du fait internationalement illicite par l'annulation de la base juridique de la norme individuelle susceptible d'en être la cause

943. Par la mise en conformité de l'état de son droit à ses obligations conventionnelles, l'État anticipe la réalisation de l'illicéité internationale, dont l'existence est traditionnellement subordonnée à l'affectation d'une situation juridique privée par un acte individuel. L'invocation de l'obligation conventionnelle devant la juridiction nationale aux fins d'obtenir son annulation s'impose alors comme un moyen adéquat de prévention de sa concrétisation juridique et, *ipso jure*, de la réalisation de l'illicéité internationale. C'est pourquoi la sanction par le juge interne de l'inconventionnalité d'un acte de portée générale non encore concrétisé permet d'éviter l'engagement de la responsabilité internationale.

944. On perçoit alors l'intérêt de diffuser les mécanismes de sanction des actes de portée générale inconvencionnels par les juridictions internes. L'annulation des seuls actes individuels contraires aux obligations conventionnelles succède à la commission du comportement internationalement illicite, dans la mesure où elle est nécessairement prononcée après la mise en application de la norme générale inconvencionnelle par les actes en question. Hélène Raspail explique que « [p]our empêcher un manquement, événement à prévenir, et ainsi ne jamais réaliser la violation de l'obligation de s'efforcer à un comportement normatif, l'État devrait pouvoir faire primer le droit international de manière systématique, et anticipée. L'application du droit international par les juridictions internes, qui annuleraient un acte administratif individuel, serait ainsi tardive et l'effort étatique insuffisant : un fait internationalement illicite aurait déjà eu lieu par la seule production de l'acte individuel contraire [permise ou contrainte par une norme d'habilitation de portée générale], preuve que l'État a failli à la même occasion à son obligation de comportement normatif »²⁶¹². Annuler la règle générale illicite avant la survenance de l'évènement à prévenir, le dommage causé à un individu, permet en revanche d'éviter la violation de l'obligation internationale de l'État partie à un traité²⁶¹³. L'État s'attache alors à prévenir l'application de la règle générale inconvencionnelle dont il est l'auteur, de manière à éviter la violation de son obligation internationale susceptible d'engager sa responsabilité internationale.

2) Mise en œuvre de l'annulation de la base juridique de l'acte individuel internationalement illicite

945. L'arrêt *Hamdan contre Rumsfeld*²⁶¹⁴ de la Cour suprême des États-Unis entre dans la catégorie des arrêts de prévention de la commission du fait internationalement illicite. Dans cette affaire, le chauffeur et garde du corps de Oussama Ben Laden, Selim Hamdan, contestait la validité des Commissions militaires spéciales créées par l'administration Bush pour juger les prisonniers de Guantanamo. Il alléguait que leur office violait certaines prescriptions de la

²⁶¹² Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 360.

²⁶¹³ Il convient d'observer, qu'en l'absence de mesures d'exécution, la contestation de la légalité des normes de portée générale devant les juridictions internes se heurte à la difficulté d'établir l'intérêt des saisissants à agir, V. *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2, B.

²⁶¹⁴ Cour suprême des États-Unis, 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. p. 557.

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre²⁶¹⁵. La Cour suprême fit droit à cet argument, soutenant que le fonctionnement de ces tribunaux d'exception contrevenait aux obligations portées par l'article 3, alinéa 1, d), commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, qui prohibe « *les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés* »²⁶¹⁶. En conséquence, la Cour suprême décida que l'intéressé ne pouvait être jugé par une Commission militaire spéciale. Elle neutralisa les effets juridiques de l'acte créateur des tribunaux d'exception²⁶¹⁷, alors même que ces juridictions n'avaient pas encore rendu de décision susceptible de concrétiser la violation de la Convention de Genève. Considérant que la réalisation de la violation de l'obligation internationale en question était subordonnée à l'affectation d'une situation juridique individuelle, le juge Clarence Thomas a soutenu dans son opinion dissidente que les États-Unis ne pouvaient avoir manqué aux obligations portées par l'article 3 de ladite Convention qu'après avoir condamné l'accusé²⁶¹⁸. Au contraire, la juridiction suprême américaine a jugé qu'un simple comportement normatif, l'état du droit interne régissant la procédure applicable aux procès se déroulant devant les tribunaux spéciaux, consommait par lui-même l'inconventionnalité²⁶¹⁹. Ce faisant, elle a prévenu la formation dans l'ordre juridique international du fait illicite qui n'aurait pu être constitué qu'à la suite de la condamnation de l'accusé²⁶²⁰.

²⁶¹⁵ Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, Vol.I, Berne, Département Politique Fédéral, pp. 243-296.

²⁶¹⁶ Les tribunaux d'exception pouvaient par exemple fonder leur décision sur des preuves dont l'accusé n'avait pas connaissance si le juge déterminait unilatéralement que le contenu desdites preuves revêtait un caractère confidentiel ou présentait un intérêt de sécurité nationale, de telle manière que le défendeur se trouvait privé de tout droit de défense. Lesdites preuves pouvaient avoir été obtenues par la torture.

²⁶¹⁷ Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War against terrorism, 66 Fed. Reg. 57, 831, 57, 834, § 4, (Nov. 16, 2001).

²⁶¹⁸ Le juge Clarence THOMAS soutient ainsi que « *As its terms make clear, Common Article 3 is only violated, as relevant here, by the act of "passing of sentenc[e]," and thus Hamdan will only have a claim if his military commission convicts him and imposes a sentence* » : *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct., 2823. Traduction : « Comme son énoncé l'indique explicitement, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève est seulement violé, et c'est ce qui nous intéresse ici, par l'acte de "prononcer une condamnation", et par conséquent Hamdan n'aura de cause à son action que lorsque la Commission militaire l'aura jugé coupable et aura prononcé une condamnation ».

²⁶¹⁹ V. en ce sens, André NOLLKAEMPER, « Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », préc., p. 765.

²⁶²⁰ Le Congrès américain a par la suite adopté le *Military Commission Act*, conférant des droits procéduraux aux présumés terroristes jugés par les tribunaux d'exception américains. Le législateur américain manifeste à l'article 3 dudit acte sa volonté de se conformer aux prescriptions de l'article 3 de la Convention de Genève de 1949 : « *military commission established under this chapter is a regularly constituted court, affording all the necessary 'judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples' for purposes of common Article 3 of the Geneva Conventions* » : Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).

946. Dans son arrêt *Section française de l'observatoire international des prisons*²⁶²¹, le Conseil d'État a prévenu de la même manière la commission d'un fait internationalement illicite par l'État français. En l'espèce, la partie requérante contestait la légalité du décret n°2006-338 du 21 mars 2006²⁶²² relatif à l'isolement des détenus, qui a modifié certaines dispositions du Code de procédure pénale relatives aux conditions de détention carcérale, afin de préciser le régime des isolements administratif et judiciaire. Ledit décret n'avait pas pris soin de dissocier le régime carcéral applicable aux mineurs du régime de droit commun. Cela constituait une violation des articles 3, alinéa 1²⁶²³ et 37²⁶²⁴ de la Convention internationale des droits de l'enfant qui « font obligation d'adapter le régime carcéral des mineurs dans tous ses aspects pour tenir compte de leur âge et imposent à l'autorité administrative d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants pour toutes les décisions qui les concernent »²⁶²⁵. La très haute juridiction administrative a par conséquent annulé le décret litigieux. Ce faisant, le Conseil d'État français a sanctionné l'inconventionnalité de l'acte de portée générale avant qu'il ne soit appliqué à un individu, de telle sorte que la réalisation du fait internationalement illicite qu'il contenait en germe fut prévenue. Cette affaire met par ailleurs en évidence l'importance de la collaboration des associations de protection des intérêts publics avec les juridictions internes pour la prévention des faits étatiques internationalement illicites. Ces acteurs du contentieux de la légalité sont en effet tout désignés pour contester les actes de portée générale non *self-executing* difficilement attaquables par les personnes privées du fait du filtre de l'intérêt à agir, dans la mesure où « l'intérêt d'une association [...] apparaît aisément dès lors que le règlement emporte des conséquences dans le domaine où le groupement a vocation à intervenir »²⁶²⁶. L'aisance avec

Pour une analyse critique de cette législation, V. Carlos Manuel VASQUEZ, « The Military Commissions Act, the Geneva Conventions and the Courts : a Critical Guide », *AJIL*, 2007, pp. 73-98. Traduction : « La Commission militaire créée par le présent chapitre est une juridiction régulièrement constituée, fournissant toutes les "garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés" nécessaires pour atteindre les objectifs fixés par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ».

²⁶²¹ CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, préc.

²⁶²² Décret n°2006-338 du 21 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'isolement des détenus, *JORF*, 23 mars 2006, p. 4349.

²⁶²³ Cet article stipule que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

²⁶²⁴ Cet article stipule que « Les États parties veillent à ce que : [...] c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge : en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles ».

²⁶²⁵ CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, préc.

²⁶²⁶ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 488.

laquelle ces associations peuvent contester les produits juridiques de portée générale, matrices des faits internationalement illicites, favorise la disposition d'un ordre juridique étatique à prévenir leur réalisation²⁶²⁷.

947. La réalisation du fait internationalement illicite peut donc être prévenue tant que l'acte de portée générale qui l'impose ou la rend possible n'a pas été concrétisé. Si bien que la consécration de l'invocabilité d'exclusion renforcerait l'efficacité du travail de prévention de la formation de faits internationalement illicites accompli par les juridictions internes lorsqu'elles annulent les règles générales permettant ou imposant la production d'actes individuels inconvencionnels, avant que ces derniers n'aient été édictés. La théorie du fait complexe étendait le pouvoir des juridictions internes à la dissolution des illicéités causées par l'édition d'actes individuels. Cela signifie que l'existence du fait internationalement illicite pouvait être supprimée, même après la survenance du fait générateur de l'illicéité (l'affectation d'un droit internationalement protégé par un acte individuel). Dans le cadre de cette théorie, l'invocabilité d'exclusion favoriserait donc la prévention de la formation des illicéités internationales, même lorsque la juridiction interne est saisie après l'édition de l'acte individuel inconvencionnel. Cette doctrine est toutefois contredite par la jurisprudence internationale, ce qui induit l'intangibilité des délits internationaux procédant de ces actes.

§ 2. L'impossible dissolution de l'illicite par l'annulation de l'acte individuel inconvencionnel

948. L'illicéité internationale réalisée par l'édition d'un acte individuel n'est en principe pas susceptible d'être dissoute par les juridictions internes. Les travaux conduits par la Commission du droit international et dirigés par Roberto Ago invitaient à une conclusion contraire. Selon la théorie du fait complexe qui en fut le produit, le fait internationalement illicite ne peut pas être consommé avant que l'acte individuel contraire à une obligation internationale ne reçoive un brevet de validité de la part des juridictions internes susceptibles d'être saisies par son destinataire. Le fait internationalement illicite était ainsi appréhendé comme le résultat de la défaillance conjointe des organes de l'État ayant émis l'acte violent initialement une obligation internationale, et des juridictions internes n'ayant pas redressé ce

²⁶²⁷ Ce point sera plus longuement analysé *infra*, ce Chapitre, section 2, § 2, B, 1.

germe d'illicéité en n'annulant pas ledit acte. Dans le cadre de cette théorie, l'invocabilité d'exclusion permettrait aux juridictions internes de prévenir la réalisation de tous les faits internationalement illicites, quel que soit le moment de leur saisine, que celle-ci soit opérée avant ou après l'édition d'actes individuels contraires à des obligations internationales, dotées ou non d'effet direct. Cette doctrine n'a néanmoins pas prospéré en droit international. L'affectation de la situation juridique d'un individu par un acte individuel contraire à une obligation internationale est en effet désignée en jurisprudence comme une cause autonome du fait internationalement illicite.

949. L'analyse substantielle de la condition d'épuisement des voies de recours internes développée dans le cadre de la théorie du fait complexe attribuait aux juridictions nationales la capacité de dissoudre une illicéité initiée par l'édition d'un acte individuel inconventionnel (A). Mais le droit international contemporain a opté pour une solution inverse, qui réside dans l'intangibilité de l'illicéité constituée par l'édition de l'acte individuel inconventionnel (B).

A. La théorie du fait complexe et la solubilité de l'illicéité initiée par l'acte juridique individuel

950. Les auteurs de la théorie du fait complexe confiaient aux juridictions internes le pouvoir de dissoudre l'illicéité dont l'édition d'un acte juridique individuel contraire à une prescription internationale avait initié la formation. En annulant cette norme, le juge interne pouvait selon cette doctrine prévenir la réalisation du fait internationalement illicite. Dans ce cadre, l'invocabilité d'éviction aurait pu permettre aux personnes privées d'inviter ce juge à prévenir la réalisation de toute illicéité étatique, même initiée par l'édition d'un acte juridique individuel inconventionnel. Roberto Ago a grandement contribué à la notoriété de cette doctrine. Après avoir plaidé sans succès l'existence d'un fait illicite complexe devant la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*²⁶²⁸ (2), le juriste italien en a précisé les fondements théoriques en qualité de Rapporteur spécial à la Commission du droit international (1).

²⁶²⁸ CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc, Italie contre France*, exceptions préliminaires, *Rec. CPJI*, Série A/B, p. 10.

1) Les fondements théoriques du fait complexe

951. Roberto Ago a posé les fondements de sa théorie du fait complexe en 1939 dans son cours à l'Académie du droit international de la Haye. Il y décrit le fait complexe en ces termes : « [c]e fait illicite [...], une fois qu'il a été commis, apparaît comme étant constitué par toute l'infraction complexe à l'obligation de réaliser le résultat voulu par la règle internationale. Il sera, en conséquence, composé non seulement par l'action du premier ou du dernier des organes qui auraient dû pourvoir à réaliser la situation internationalement requise, et qui ne l'ont pas fait, mais justement par l'effet réuni de la conduite de chacun de ces différents organes : telle est l'hypothèse, telle est la notion du délit international complexe »²⁶²⁹. Les juridictions internes, en leur qualité d'organes étatiques, sont ainsi mises en capacité de dissoudre le fait internationalement illicite en formation, fût-il initialement constitué par un acte juridique individuel.

952. Devenu Rapporteur spécial à la Commission du droit international des Nations Unies, Roberto Ago a précisé les contours de ce délit international complexe, écrivant que « pour autant que le résultat en question ne soit pas devenu définitivement irréalisable à la suite du comportement initial, le droit international admet que l'État remédie à la situation déplorable qui s'est provisoirement produite et assure, bien qu'avec un retard, ledit résultat en ayant exceptionnellement recours à un comportement autre, capable d'effacer entièrement les conséquences du premier »²⁶³⁰. Lorsque les États sont tenus d'atteindre un résultat prescrit par une obligation internationale, l'illicéité constituée par l'édiction d'une norme atteignant une situation juridique individuelle contraire à ses prescriptions peut être corrigée par l'intervention du juge prononçant leur annulation, ou le versement d'indemnités propres à réparer le préjudice subi. Autrement dit, il est nécessaire que l'organe juridictionnel étatique confirme l'acte à l'origine de l'illicéité internationale, en s'abstenant de le soustraire de l'ordre juridique ou d'ordonner la réparation du préjudice matériel dont il est la cause, pour que le fait internationalement illicite soit constitué. Par exemple, la doctrine du fait complexe veut qu'en cas de détention arbitraire, prohibée par l'article 9, paragraphe 1 du Pacte

²⁶²⁹ Roberto AGO, « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939, pp. 419-554 (514).

²⁶³⁰ Roberto AGO, « Sixième rapport sur la responsabilité internationale des États », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{ère} partie, § 19, pp. 10-11.

international des droits civils et politiques²⁶³¹, l'État peut satisfaire l'obligation que lui impose cette stipulation, en réparant pécuniairement le préjudice causé par cette détention, comme l'exige son paragraphe 5 qui dispose que « *toute victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation* ». Ici, la satisfaction de l'obligation secondaire définissant les conséquences attachées à la violation de l'obligation primaire est considérée comme faisant obstacle à la réalisation de la violation de l'obligation primaire²⁶³².

953. L'épuisement des voies de recours internes n'est alors pas considéré comme une condition procédurale de la recevabilité de la demande de protection diplomatique ou de la saisine de la juridiction internationale compétente, mais comme une condition substantielle de la formation de l'illicéité²⁶³³. Comme le souligne Pierre-François Laval, l'analyse substantielle de l'épuisement des voies de recours internes invite à considérer que « *l'intervalle formé par le premier agissement dommageable et le dernier recours interne disponible dont le rejet autorise l'action internationale, représente le temps nécessaire pour qu'une conduite jusque là considérée non conforme au droit, se perfectionne en véritable fait illicite* »²⁶³⁴. Cet intervalle temporel permet à l'État de faire usage de son *locus poenitentiae*, la décision juridictionnelle s'analysant comme un acte de repentance propre à annihiler l'illicéité internationale initiée par l'acte initial²⁶³⁵.

²⁶³¹ L'article 9, paragraphe 1 du PIDCP stipule que « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi* ».

²⁶³² Selon Roberto AGO, « *Cette juxtaposition fait ressortir que l'État pourra se considérer comme ayant agi conformément à ses devoirs internationaux même au cas où, ayant manqué d'assurer le résultat principal visé par l'obligation posée par l'article 9, il aura néanmoins assuré le résultat de rechange de réparer le préjudice indûment causé à la personne victime d'une arrestation ou d'une détention qui n'auraient pas dû avoir lieu* », (« Sixième rapport sur la responsabilité internationale des États », préc., § 23, p. 13).

²⁶³³ Le sixième rapport sur la responsabilité internationale des États indique ainsi que « *[l]e résultat visé sera atteint même au cas où une mesure allant à l'encontre de ce qui était requis aura été corrigée par une mesure ultérieure capable d'effacer les conséquences de la première. [...] L'État aura encore la possibilité de se conformer à ses obligations pour peu qu'il existe une instance supérieure capable de réformer la décision incriminée et de créer ainsi une situation en tous points conforme au résultat internationalement requis* », « Sixième rapport sur la responsabilité internationale », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{ère} partie, § 22, p. 12 ; § 43, p. 21. Une clause relative à l'épuisement de recours internes doit selon Roberto Ago « *être considérée comme une clause de fond, dont l'effet est précisément d'empêcher d'établir comme définitivement non obtenu le résultat que requiert de l'État l'obligation qu'elle accompagne tant qu'il subsiste la possibilité d'atteindre ce résultat par l'un des moyens dont l'État dispose* », (*ibid.*, p. 12)

²⁶³⁴ Pierre-François LAVAL, *La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 372.

²⁶³⁵ Jean SALMON note que « *dans les vues du professeur Ago et de la Commission, pour un fait de cette espèce, le moment de l'accomplissement de la violation ne peut être celui du comportement initial adopté par l'organe étatique, mais le moment où un comportement rend définitivement irréalisable l'obtention par l'État du résultat voulu par l'obligation. Ce n'est qu'à ce moment que tous les éléments constitutifs du fait complexe se trouveront réunis* », (« Le fait étatique complexe – une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 709-738 (714)).

954. La doctrine du fait complexe a reçu quelques échos dans la jurisprudence des juridictions étatiques. La Cour suprême d'Argentine a ainsi jugé qu' « [e]n tant qu'organe suprême d'un des pouvoirs du gouvernement fédéral, il incombe à la Cour suprême de Justice de la Nation d'appliquer, dans la mesure de sa juridiction, les traités internationaux par lesquels le pays est lié, puisque le cas contraire pourrait entraîner la responsabilité de la Nation face à la Communauté internationale »²⁶³⁶. De la même manière, la Cour constitutionnelle allemande a jugé qu' « au titre de ses compétences, la Cour constitutionnelle est tenue de prévenir et de dissoudre, si possible, les violations du droit international qui procèdent de la non-application ou de la méconnaissance par les juridictions allemandes des obligations de droit international, et peuvent mener à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Allemagne »²⁶³⁷. Ces arrêts reprennent les logiques de la théorie du fait complexe. En effet, les juridictions suprêmes argentine et allemande semblent s'attribuer le pouvoir de prévenir l'engagement de la responsabilité internationale de l'État dont elles relèvent, en procédant à l'annulation de l'acte inconstitutionnel qui initie la formation de l'illicéité internationale. L'approche substantialiste de l'épuisement des voies de recours internes est ici adoptée, dans la mesure où la défaillance des juridictions suprêmes est désignée comme une condition *sine qua non* de la violation des obligations internationales de l'État.

955. En adoptant les vues du Rapporteur Ago, l'invocation du droit conventionnel devant les juridictions internes permettrait de dissoudre tout fait internationalement illicite, même constitué par un acte juridique individuel. Ainsi, l'office des tribunaux internes serait en capacité de corriger l'illicéité perpétrée par l'État au moyen de l'édiction d'un acte ayant affecté une situation juridique individuelle internationalement protégée. Cette thèse a cependant reçu un accueil mitigé de la part de la Cour permanente de justice internationale dans l'entre-deux-guerres, et ne s'est pas diffusée dans la jurisprudence internationale.

²⁶³⁶ La juridiction argentine juge dans le texte que « *a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde – en la medida de su jurisdicción – aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional* » : Cour suprême de Justice de la Nation, 7 avril 1995, G.342.XXVI, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Recueil officiel), tome 318, p. 514, pt. 12. Traduction dans le corps du texte.

²⁶³⁷ La juridiction allemande juge dans le texte que « *Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen* » : BVerfGE, 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04, pt. 61. Traduction dans le corps du texte.

2) Le fait complexe à l'épreuve de la pratique

956. L'existence d'un fait complexe internationalement illicite fut soutenue par le gouvernement italien, représenté par Roberto Ago, dans ses observations sur l'affaire des *Phosphates du Maroc*²⁶³⁸. En 1919, un ressortissant italien, Costantino Tassara, s'était vu délivrer par le service français des Mines vingt-huit permis de recherche de Mines de phosphates sur le territoire marocain. Mais, en 1920, le gouvernement français promulgua deux dahirs²⁶³⁹ instituant le monopole du Maghzen – gouvernement du Maroc alors sous protectorat français – pour l'exploitation des phosphates marocains. Par suite, l'administration des Mines françaises s'appuya sur ces législations pour refuser en 1925 de conférer à M. Tassara la qualité d'inventeur des gîtes de phosphate découvertes en faisant usage de son permis de recherche. M. Tassara saisit alors les juridictions françaises et marocaines, alléguant la violation par ces dépossessions de son droit acquis d'exploitation des gîtes découverts et du principe de liberté économique, protégés par l'acte général d'Algesiras²⁶⁴⁰. Les recours gracieux du réclamant furent sans effet, se heurtant à un déni de justice des autorités françaises en 1931 et 1933. Le gouvernement italien prit alors fait et cause pour les intérêts de son ressortissant, arguant que les comportements successifs des autorités françaises, de 1925 à 1933, constituaient *in globo* une spoliation créatrice d'un fait internationalement illicite. Dans ses observations, il désignait cette dépossession comme un fait complexe illicite : « [l]e fait illicite dénoncé à la Cour, [...] consiste dans l'accaparement des phosphates marocains effectué par étapes de 1920 à 1934 résultant d'une série d'actes intimement liés par le même dessein et portant une atteinte progressive et permanente au principe de la liberté et de l'égalité économiques »²⁶⁴¹. Du point de vue de la partie requérante, bien que les deux dahirs contenaient déjà les « *prodromes* » du délit international,

²⁶³⁸ CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc, Italie contre France*, exceptions préliminaires, préc., pp. 13-14, 23.

²⁶³⁹ Les dahirs sont des décrets royaux en droit marocain.

²⁶⁴⁰ L'acte général d'Algesiras a clos la conférence d'Algesiras de 1906 au cours de laquelle le Maroc fut placé sous la protection de grandes puissances européennes, parmi lesquelles la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie. Cet acte indiquait notamment en son article 51 que « [l]es explorateurs munis de permis de recherche en périmètre réservé qui auront découvert dans leur périmètre des gîtes de phosphates [...] nouveaux et démontré leur exploitabilité, auront droit, pendant un délai de quinze ans à dater de la décision qui leur aura reconnu la qualité d'inventeurs, à un cinquième des redevances spéciales à la tonne payées par les adjudicataires ». Il semblait donc établir un lien de cause à effet entre la découverte d'un gîte de phosphate et l'attribution de la qualité d'inventeur de celui-ci.

²⁶⁴¹ CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc, Italie contre France*, exceptions préliminaires, Observations du gouvernement italien, *Rec. CPJI*, Série C, p. 414.

ce sont les décisions juridictionnelles françaises insusceptibles de recours, réfutant au réclamant tout droit acquis sur les gîtes de phosphates, qui mettent un terme à la situation provisoire et marquent la « *transsubstantiation de l'illicéité internationale* »²⁶⁴².

957. La Cour permanente de justice internationale n'a toutefois pas donné droit à l'argumentaire du gouvernement italien dans l'affaire des phosphates, jugeant que « *le prétendu déni de justice constitué, soit par une carence de l'organisation judiciaire, soit par le refus de recours administratif ou extraordinaire destinés à y suppléer, ne peut que laisser subsister le fait internationalement illicite. Il n'exerce aucune influence ni sur sa consommation ni sur la responsabilité qui en dérive* »²⁶⁴³. La Cour permanente exclut ainsi la théorie du fait complexe en considérant que l'illicéité internationale peut être consommée avant que les voies de recours internes permettant de contester la légalité de l'acte illicite initial n'aient été épuisées. Le droit international public ne s'est depuis pas détaché de ce positionnement, récusant avec constance la pertinence de l'analyse substantialiste de l'épuisement des voies de recours interne.

B. Le droit international et l'insolubilité de l'illicéité causée par l'acte juridique individuel

958. Les juridictions internes ne sont pas en capacité de dissoudre l'illicéité réalisée par l'édition d'un acte individuel contraire à une obligation internationale de l'État. Si bien que l'invocabilité d'éviction du droit conventionnel devant le juge interne ne pourrait pas prévenir la consommation de l'illicéité déjà réalisée par l'émission de ce type d'acte.

²⁶⁴² Giovanni DISTEFANO, « Fait continu, fait composé et complexe dans le droit de la responsabilité », préc., p. 49. Le gouvernement italien désignait ainsi l'impossibilité d'obtenir devant les juridictions françaises l'annulation des mesures expropriatrices des services miniers comme un fait condition de la réalisation de l'illicéité internationale : « *[e]n effet, la spoliation des particuliers italiens titulaires des permis n'est devenue parfaite et définitive qu'avec le refus d'octroyer les voies de recours adéquates. Soit que l'on donne le nom de déni de justice à tout l'ensemble de cette infraction continuée au droit international [...] soit qu'on préfère réserver plus techniquement le nom de déni de justice au seul dernier acte, la conclusion reste toujours la même, c'est-à-dire l'infraction avec laquelle on est en présence s'est accomplie par le refus des remèdes effectifs* » : CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc*, exceptions préliminaires, Nouvelles observations du gouvernement italien, préc., pp. 491-492.

²⁶⁴³ CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc, Italie contre France*, exceptions préliminaires, *Rec. CPJI Série A/B*, n°74, p. 28.

959. La doctrine (1) comme le droit positif international (2) refusent en effet de reconnaître aux juridictions internes le pouvoir de dissoudre les illicéités engendrées par l'émission d'actes individuels illicites.

1) Les objections doctrinales à la théorie du fait complexe

960. La thèse du fait complexe retire leur caractère obligatoire aux obligations internationales primaires des États. Comme indiqué précédemment, selon cette doctrine, le droit à n'être pas arrêté ou détenu arbitrairement, protégé par l'article 9, paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, n'est violé par un État qu'à la condition que ses juridictions n'offrent pas à la personne qui en est victime la réparation qui est exigée par le paragraphe 5 du même article²⁶⁴⁴. L'obligation primaire est donc considérée comme satisfaite dès lors que l'obligation secondaire définissant les conséquences à attacher à sa violation est appliquée par les juridictions étatiques. Une telle approche dénature les prescriptions portées par la règle primaire en cause. En effet, cette doctrine n'oblige pas l'État à mettre son droit en conformité avec la règle primaire internationale, puisque l'application des règles relatives aux conséquences de sa violation, commandant par exemple l'attribution d'indemnités, suffit à considérer l'état du droit interne compatible avec l'obligation première. Ainsi, comme l'a indiqué Jean Combacau, « [s]il fallait croire le professeur Ago et la Commission, les articles 9, § 1, et 9, § 5, du Pacte se liraient à vrai dire comme suit : "Nul État ne peut, sans lui offrir de réparation, arrêter ou détenir arbitrairement un individu" »²⁶⁴⁵. En d'autres termes, l'article 9, paragraphe 1 ne créerait pas une obligation autonome imposant aux États parties de ne pas détenir arbitrairement un individu. À supposer qu'une réparation soit accordée en conséquence d'un tel acte, l'obligation portée par cet article ne serait pas méconnue. Les obligations nées des articles 9, paragraphe 1 et 9, paragraphe 5 seraient donc alternatives et non conjonctives. Or, l'article 9, paragraphe 1 n'est

²⁶⁴⁴ Roberto AGO, « Sixième rapport sur la responsabilité internationale des États », préc., § 23, p. 13 ; V. *supra*, ce Paragraphe, A, 1).

²⁶⁴⁵ Jean COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponses », in *Mélanges en l'honneur de Paul Reuter, le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204 (191).

pas rédigé sous la forme d'une obligation alternative²⁶⁴⁶. Pris à la lettre, le pacte crée deux obligations conjonctives, obligatoires cumulativement, dont la violation est génératrice par elle-même d'un fait internationalement illicite²⁶⁴⁷. La jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme relative à l'article 5 de la Convention, qui présente exactement la même structure que l'article 9 du Pacte, plaide en faveur de la lecture conjonctive de ces obligations. Elle a ainsi jugé dans un arrêt *de Wilde*²⁶⁴⁸ que le respect de l'une des dispositions de l'article 5 n'emporte pas nécessairement la non-violation dudit article.

961. L'obligation posée par l'article 9, paragraphe 1 du Pacte est donc violée dès qu'un comportement étatique ne s'y conforme pas, sans égard pour les sanctions juridictionnelles étatiques susceptibles d'y être attachées. Les lacunes des travaux du rapporteur spécial Ago et de sa commission sont synthétisées par Jean Salmon en ces termes : « *ils dissolvent le caractère obligatoire du comportement requis à l'origine et permettent toutes les violations pourvu qu'en fin de compte on paye une compensation. [...]* la théorie présentée par le professeur Ago et la Commission sur les obligations complexes en cas d'obligation de résultat présente l'inconvénient majeur de transformer des obligations conjonctives en obligations simples ou en obligations alternatives avec pour conséquence qu'il est ainsi porté atteinte à l'existence de l'obligation initiale »²⁶⁴⁹. L'adhésion à la théorie du fait complexe exige de dénier à l'obligation primaire son caractère obligatoire, ce qui ne saurait se faire sans trahir le principe *pacta sunt servanda*.

962. La théorie du fait complexe est ensuite contestable dans la mesure où, faisant de l'épuisement des voies de recours internes une condition substantielle de l'illicéité, elle affecte aux individus la tâche de collaborer avec les juridictions étatiques en vue de permettre à l'État de se conformer à ses obligations internationales. Pourtant, ces obligations, qui créent

²⁶⁴⁶ Pour rappel, l'article 9, paragraphe 1 du PIDCP stipule que « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi* », cité *supra*, ce Paragraphe, A, 2).

²⁶⁴⁷ Jean SALMON, « Le fait étatique complexe – une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 709-738 (730).

²⁶⁴⁸ La Cour juge ainsi que « *[b]ien que la Cour n'ait relevé en l'espèce aucune incompatibilité avec le paragraphe 1 de l'article 5 [...], cette constatation ne la dispense pas de rechercher à présent s'il y a eu infraction au paragraphe 4. Il s'agit en effet de dispositions distinctes, et l'observation de la seconde ne découle pas eo ipso du respect de la première* » : Cour EDH, 18 juin 1971, *de Wilde, Ooms et Versyp (Vagabondage) contre Belgique*, n^{os} 2832/66, 2835/66 et 2899/66, § 73.

²⁶⁴⁹ Jean SALMON, « Le fait étatique complexe – une notion contestable », *préc.*, p. 733.

souvent par un effet réflexe des droits dans le chef des individus²⁶⁵⁰, n'imposent pas à ceux-ci d'achever une action en justice pour en tirer bénéfice. Les individus voient donc le bénéfice de certains de leurs droits subjectifs internationaux subordonné à un acte-condition non prévu par les normes qui les portent : l'épuisement des voies de recours interne²⁶⁵¹.

963. En outre, et à l'examen de la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État, il apparaît que les conditions d'invocabilité du droit conventionnel empêchent, par leur rigueur, d'envisager les individus comme des collaborateurs efficaces des juridictions internes²⁶⁵². Le filtre de la réciprocité d'application n'est pas réellement problématique, dans la mesure où le défaut d'application réciproque permet à l'État de faire jouer l'*exceptio non adimpleti contractus* dans l'ordre juridique international, pour échapper à l'engagement de sa responsabilité internationale. Le défaut d'invocabilité accompagne donc le défaut d'opposabilité internationale de l'obligation conventionnelle. L'effet direct entrave en revanche grandement l'émergence d'un couple en capacité de veiller à la conformité de l'ordre juridique étatique à ses obligations internationales. La violation des obligations conventionnelles dépourvues d'effet direct n'est en effet pas susceptible d'être portée à la connaissance des juridictions internes. Or, à l'inverse des stipulations conventionnelles souffrant d'un défaut d'application réciproque, la violation des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct est opposable aux États dans l'ordre juridique international. De sorte que les individus n'apparaissent pas en capacité de prévenir la réalisation du fait internationalement illicite lorsque celui-ci procède de la violation d'une obligation conventionnelle sans effet direct.

964. Au-delà de ces objections doctrinales, c'est la ferme opposition des juridictions internationales à la théorie du fait complexe qui a nécessairement empêché sa diffusion dans la jurisprudence internationale.

²⁶⁵⁰ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 134.

²⁶⁵¹ Jean Salmon observe à ce propos que « [l]a Commission du droit international explique cette situation du fait que les particuliers sont les bénéficiaires directs des obligations en question et qu'il est, dès lors, normal que les particuliers apportent leur collaboration en vue d'obtenir que l'État se conforme aux prescriptions prévues dans leur intérêt. L'explication n'est pas particulièrement convaincante. Curieuse obligation que celle qui, pour être parfaite, demande la "collaboration" du bénéficiaire alors qu'une telle collaboration n'est pas prévue au texte », (« Le fait étatique complexe – une notion contestable », préc., p. 735).

²⁶⁵² Sur les difficultés rencontrées par l'individu pour invoquer les règles conventionnelles, V. *supra*, partie 1, Titre 1.

2) Le droit positif international peu réceptif à la théorie du fait complexe

965. Par principe inopérante dans la jurisprudence internationale (a), la théorie du fait complexe trouve exceptionnellement à s'appliquer lorsque la violation d'une obligation systémique de garantir un procès équitable est alléguée (b).

a) Le principe de l'inopérance de la théorie du fait complexe

966. L'article 44 des Articles sur la responsabilité de l'État de la Commission du droit international désigne l'épuisement des voies de recours internes comme une condition de recevabilité²⁶⁵³. La question de l'épuisement des voies de recours internes est ainsi distinguée de celle de la réalisation de la violation de l'obligation internationale de l'État²⁶⁵⁴. Ce n'est donc pas l'existence de l'illicéité internationale, mais la recevabilité de l'action internationale visant à obtenir réparation du préjudice dont le comportement fautif est la cause, qui est subordonnée à l'épuisement des voies de recours internes.

967. La Centre International de Règlement des Différends sur l'Investissement (CIRDI) a ainsi jugé que, par principe, « *the local remedies rule which requires a party complaining of a breach of international law by a State to exhaust the local remedies in that State before the party can raise the complaint at the level of international law is procedural in character* »²⁶⁵⁵. Il a toutefois retenu dans la sentence *Loewen* une analyse substantialiste de l'épuisement des voies de recours interne, tirant les conséquences de la spécificité des conditions de violation obligations processuelles s'imposant aux juridictions des États²⁶⁵⁶.

²⁶⁵³ Cet article dispose que « [l]a responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si : [...] b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes » : Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, texte adopté par la Commission à la cinquante-troisième session, en 2001, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

²⁶⁵⁴ James CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 317.

²⁶⁵⁵ CIRDI, 16 juin 2003, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contre United States of America* (sentence), aff. ARB(AF)/98/3, *I.L.M.*, pp. 811-851, § 149. Traduction : « la règle qui requiert de l'individu se plaignant d'une violation du droit international d'épuiser les voies de recours internes pour agir dans l'ordre juridique international présente un caractère procédural ».

²⁶⁵⁶ Pour une présentation du cas dans lequel l'analyse substantialiste de la condition d'épuisement des voies de recours internes est retenue par les juridictions internationales, qui réside dans l'examen de la violation des

968. Cette lecture procédurale de la condition de l'épuisement des voies de recours internes fut confirmée par la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Avena*²⁶⁵⁷. Il n'est pas besoin d'épuiser les voies de recours internes pour réaliser la violation l'article 36, paragraphe 1, b) de la Convention de Vienne sur la protection consulaire. Cet article, tel qu'interprété par la Cour internationale de justice, oblige l'État de résidence à notifier à tout ressortissant d'un État tiers qu'il incarne son droit d'obtenir une protection consulaire garantie par l'État d'envoi²⁶⁵⁸. Et la juridiction internationale de la Haye a jugé que « [l]es droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sont des droits dont la réalisation doit, en tout premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des États-Unis. Ce n'est qu'une fois ce processus mené à son terme et les voies de recours internes épuisées que le Mexique pourrait faire siennes des demandes individuelles de ses ressortissants par le mécanisme de la protection diplomatique »²⁶⁵⁹. L'illicéité se trouve donc constituée au jour où une autorité de l'État de résidence néglige de notifier à la personne arrêtée son droit à la protection consulaire²⁶⁶⁰. Et l'épuisement des voies de recours internes n'est qu'une condition procédurale subordonnant la possibilité pour l'État d'envoi d'exercer son droit à la protection diplomatique. Les juridictions internes ne sont pas en capacité de dissoudre cette illicéité qui s'est trouvée instantanément constituée lorsqu'une personne a été placée en détention sans

obligations systémiques imposées aux États par la dévolution de droits processuels aux individus, V. *infra*, ce 2), b).

²⁶⁵⁷ CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains, (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, préc. Le positionnement de la Cour internationale de justice en faveur de cette lecture procédurale de l'épuisement des voies de recours internes était déjà perceptible dans l'arrêt de *l'Elettronica Sicula*, à la faveur duquel la juridiction internationale estimait que « pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès » : CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Rec. CIJ, p. 15, § 59.

²⁶⁵⁸ La Cour a ainsi jugé, concernant l'obligation de notification du droit à la protection consulaire, que « les autorités ayant procédé à l'arrestation n'en ont pas moins l'obligation de donner cette information à toute personne arrêtée aussitôt que sa nationalité étrangère est établie, ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger » : CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains, (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, préc., § 88, p. 49.

²⁶⁵⁹ CIJ, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains, (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, préc., § 40, p. 27.

²⁶⁶⁰ Cette analyse se confirme lorsque la Cour constate que le Mexique n'agit pas seulement pour protéger ses ressortissants, mais également pour protéger ses propres droits et juge à ce titre que « le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36. L'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne s'applique pas à une telle demande » : *ibid.*, § 40.

que n'ait été opérée ladite notification²⁶⁶¹. Ces juridictions ne peuvent qu'engager la responsabilité extracontractuelle de l'État de résidence pour violation de ses engagements internationaux aux fins d'attribuer des indemnités aux personnes ayant souffert du comportement litigieux.

969. La Cour internationale de justice a donc confirmé la pérennité de l'analyse procédurale de la condition d'épuisement des voies de recours internes proposée par le Commission du droit international.

b) Le champ opératoire du fait complexe réduit aux obligations systémiques relatives aux droits procéduraux des individus

970. L'analyse substantielle de l'épuisement des voies de recours internes peut être retenue lorsqu'une violation de certaines règles internationales attributives de droits processuels individuels est en cause. La subordination de l'applicabilité de la théorie du fait complexe au caractère systémique de l'obligation internationale violée est mise en évidence par Pierre-François Laval : « *la détermination du tempus commissi delicti suppose d'avoir préalablement établi si le résultat contraire à celui dicté par l'obligation photographie l'échec d'un système dans son ensemble – comme celui de n'avoir pas su garantir une bonne administration de la justice envers les étrangers –, ou s'il pouvait, à l'inverse, être atteint par l'intervention d'un acteur unique – comme celui de les avoir dépossédés de leurs biens –* »²⁶⁶². Lorsque l'autorité juridictionnelle est destinataire d'une prescription conventionnelle, la violation de celle-ci par une instance dont la décision est susceptible de recours ne constitue pas un fait internationalement illicite. Il faut encore que cette violation incomplète soit confirmée par les juridictions internes devant lesquels le titulaire du droit processuel violé peut faire appel de la première décision. C'est en cela que les obligations internationales processuelles peuvent être qualifiées de systémiques. C'est ce que rappelle le CIRDI dans sa

²⁶⁶¹ André NOLLKAEMPER observe que « [i]f arresting authorities fail to inform the arrested person promptly of his or her rights, and that person brings a claim for relief (for instance compensation) before a domestic court, the court cannot prevent that specific international wrong from being committed », (« Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », préc., p. 768). Traduction : « Si les autorités procédant à l'arrestation manquent à informer promptement la personne arrêtée de ses droits, et que cette personne demande réparation (par exemple des indemnités) devant une juridiction interne, la juridiction ne peut pas prévenir la commission de ce fait internationalement illicite ».

²⁶⁶² Pierre-François LAVAL, *La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, op. cit., p. 418.

sentence *Loewen*, lorsqu'il avance que « *the purpose of the requirement that a decision of a lower court be challenged through the judicial process before the State is responsible for a breach of international law constituted by a judicial decision is to afford the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision* »²⁶⁶³. L'action de l'autorité juridictionnelle est ici analysée comme « *un comportement global de l'État* »²⁶⁶⁴. De sorte que, par exemple, la violation du droit au procès équitable n'est établie que dans l'hypothèse où le manquement étatique est systémique. Et comme le relève le Rapporteur spécial James Crawford, l'existence de cette violation systémique du droit processuel international est vérifiée après que son titulaire a épuisé les voies de recours internes qui sont mises à sa disposition : « *[t]here are [...] cases where the obligation is to have a system of a certain kind, e. g. the obligation to provide a fair and efficient system of justice. There, systematic considerations enter into the question of breach, and an aberrant decision by an official lower in the hierarchy, which is capable of being reconsidered, does not of itself amount an unlawful act* »²⁶⁶⁵. Une obligation de comportement systémique s'imposant aux organes juridictionnels de l'État est donc respectée dès lors que l'autorité suprême de ce système judiciaire se conforme à ses prescriptions.

971. La Cour européenne des droits de l'Homme raisonne de cette manière en adoptant une approche systémique du comportement des juridictions internes, pour vérifier si les États parties se conforment à leurs obligations procédant de l'article 6, paragraphe 1 relatives au droit au procès équitable. À ce titre, il appartient à la juridiction de Strasbourg de « *prendre en compte l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne* »²⁶⁶⁶, pour juger de la

²⁶⁶³ CIRDI, 16 juin 2003, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contre United States of America (sentence)*, préc., § 156. Traduction : « L'objectif de l'exigence qu'une décision prononcée par une juridiction de première instance soit réexaminée dans le cadre des différents recours existant dans le système juridictionnel d'un État avant que celui-ci soit jugé responsable d'une violation du droit international du fait d'une décision juridictionnelle est d'offrir à cet État l'opportunité de remédier dans son ordre juridique à la violation incomplète du droit international causée par la décision de la juridiction de première instance ».

²⁶⁶⁴ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 55.

²⁶⁶⁵ James CRAWFORD, « Second report on State responsibility », *Ann. C.D.I.*, 1999, p. 26, § 95. Traduction : « il existe des hypothèses dans lesquelles l'obligation porte sur l'existence d'un système présentant certaines caractéristiques, par exemple l'obligation d'établir un système juridictionnel équitable et effectif. Dans ce cas, une analyse systémique doit être menée pour se prononcer sur la violation de ces obligations, et une décision inique adoptée par une autorité inférieure dans sa hiérarchie, susceptible d'être révisée, ne constitue pas par elle-même un acte illicite ».

²⁶⁶⁶ Cour EDH, 2 mars 1987, *Monnel et Morris contre Royaume-Uni*, req. n^{os}9562/81 et 9818/82, § 56. On trouvait les prémisses de cette approche globale des comportements juridictionnels étatiques dans l'affaire *Golder*, à la faveur de laquelle la Cour jugeait que « *le respect de tel ou tel garantie doit être soupesé par*

conformité du droit procédural étatique aux droits procéduraux conventionnellement protégés. L'analyse substantielle de la condition d'épuisement des voies de recours internes a clairement été adoptée par la Commission européenne des droits de l'homme dans un arrêt *B. contre Belgique* : « [l]a question de savoir si le procès satisfait aux exigences de l'article 6, § 1 ne peut être déterminée qu'en examinant la procédure dans son ensemble, ce qui suppose qu'elle soit terminée »²⁶⁶⁷. L'épuisement des voies de recours internes est ici désigné comme une condition de réalisation du fait internationalement illicite constitué par la violation du droit au procès équitable.

972. Dans un arrêt *De Cubber*, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé sans équivoque que les juridictions d'appel sont en capacité de dissoudre l'illicéité susceptible de résulter de la méconnaissance de l'article 6 de la Convention par une juridiction inférieure. Elle a ainsi jugé qu'« [u]ne juridiction supérieure ou suprême peut bien entendu, dans certains cas, effacer la violation initiale d'une clause de la Convention ; là réside précisément la raison d'être de la règle de l'épuisement des voies de recours internes »²⁶⁶⁸. À rebours, certaines exigences relatives au droit au procès équitable ne sont pas opposables aux juridictions suprêmes dans l'hypothèse où elles ont été satisfaites en première instance. Le recours au huis clos par les juridictions d'appel et de cassation statuant en droit n'est ainsi pas constitutif d'une violation de l'exigence de publicité de la procédure, dès lors qu'une audience publique a eu lieu devant une juridiction de première instance statuant en fait et en droit²⁶⁶⁹. Le respect de l'exigence de publicité par la juridiction de première instance confère ainsi un brevet de conventionnalité aux décisions d'appel adoptées à huis clos, ce qui confirme le caractère systémique des prescriptions de la Cour relatives au droit au procès équitable. Cette jurisprudence corrobore les conclusions d'Hélène Raspail : « la production d'une décision de justice ne peut en elle-même constituer la violation de cette obligation internationale visant le comportement global d'un pouvoir étatique »²⁶⁷⁰ que constitue la garantie du droit au procès équitable. La théorie du fait complexe peut donc être retenue si, et seulement si, l'obligation internationale dont il est allégué violation est relative à la garantie de droits processuels des justiciables.

rapport à l'ensemble du procès » : Cour EDH, plénière, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, req. n°4451/70.

²⁶⁶⁷ Commission EDH, plénière, 15 juillet 1986, *B. contre Belgique*, req. n°9938/82.

²⁶⁶⁸ Cour EDH, 26 octobre 1984, *de Cubber contre Belgique*, req. n°9186/80, § 33.

²⁶⁶⁹ Cour EDH, 29 octobre 1991, *Andersson contre Suède*, req. n°11274/84, § 27 ; Cour EDH, 26 juillet 2002, *Mefitha e.a. contre France*, n°32911/96, 35237/97 et 34595/97, § 41

²⁶⁷⁰ Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 68.

973. Les actes constitutifs d'une violation de ce droit sont des germes d'illicéités internationales susceptibles d'être évincés au moyen de l'invocabilité d'exclusion. La violation des droits processuels conventionnels des justiciables par les juridictions de rang inférieur peut ne pas causer la réalisation d'un fait internationalement illicite. La prévention de la réalisation de l'illicéité exige que les parties au litige soient mises en capacité d'exiger la satisfaction de leurs droits processuels internationaux. De sorte qu'elles obtiennent des juridictions supérieures le comportement requis par ces obligations conventionnelles. Et la libéralisation des conditions d'invocabilité de ces obligations conventionnelles peut promouvoir la mise en conformité du droit procédural étatique aux obligations conventionnelles systémiques relatives aux droits processuels des personnes privées. Le recours à l'invocabilité d'exclusion ne présenterait guère d'intérêt concernant les garanties offertes par l'article 6 de la CEDH qui est doté de l'effet direct. Il serait en revanche utile pour obtenir la correction des violations de l'article 9 de la Convention d'Aarhus, créateur de droits processuels environnementaux et en partie dépourvu d'effet direct²⁶⁷¹, lorsque ses prescriptions sont violées par une juridiction de première instance.

974. Hors l'hypothèse spécifique de ces obligations systémiques procédurales, le jugement d'inconventionnalité des actes individuels affectant les droits des individus reste insusceptible de dissoudre le fait illicite déjà réalisé. Une fois qu'un acte individuel contraire au droit international a été émis par un organe étatique, l'autorité juridictionnelle interne n'a pas le pouvoir d'évincer l'illicéité internationale déjà réalisée. Au contraire, le juge interne peut prévenir la violation par les États de leurs obligations internationales, dans l'hypothèse où il sanctionne l'inconventionnalité d'une norme d'habilitation permettant la violation ou interdisant le respect du droit international, avant qu'elle n'ait été concrétisée par un acte atteignant la situation juridique d'une personne privée. La consécration de l'invocabilité d'exclusion favoriserait ainsi la prévention de la formation des faits internationalement illicites, dans la mesure où elle permettrait d'annuler des règles générales qui permettent la production d'actes individuels contraires à des règles conventionnelles, dotées ou non de l'effet direct, avant que ces dernières n'aient été édictées. Certaines évolutions du droit international, et tout particulièrement l'émergence des obligations normatives internationales

²⁶⁷¹ CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, préc. ; CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, préc.

relatives à l'état du droit des États, privent toutefois résiduellement les juridictions internes de ce pouvoir de prévention des illicéités.

Section 2 : L'invocabilité d'exclusion, instrument de cessation des illicéités causées par les règles générales

975. Une règle de portée générale peut en certaines circonstances constituer par elle-même un fait internationalement illicite. L'existence d'une règle générale interne qui contredit une obligation conventionnelle relative à l'état du droit des parties contractantes – une obligation de comportement normatif²⁶⁷² – peut ainsi provoquer l'engagement de la responsabilité internationale de l'État qui en est l'auteur²⁶⁷³. Les faits internationalement illicites procédant de la violation d'une obligation de comportement normatif restent néanmoins exceptionnels, dans la mesure où la recevabilité de l'action permettant le constat du délit international étatique appelle le constat de la lésion d'un droit de l'individu ou de l'État qui en est victime²⁶⁷⁴. L'action des juridictions internes – et singulièrement l'annulation des actes de portée générale contraires à des obligations de comportement normatif – permet en toute hypothèse la cessation de ces faits internationalement illicites. Et l'efficacité de cette action serait dynamisée par la consécration de l'invocabilité d'exclusion qui permettrait à ces

²⁶⁷² La formule est empruntée à Hélène RASPAIL. Elle définit ces obligations comme suit : « [c]es obligations tendraient cette fois à un certain état des règles internes, et non plus la réalisation de situations individuelles. C'est ainsi un comportement tout à fait spécifique qui serait cette fois l'objet de la réglementation internationale : un comportement normatif », (*Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 173).

²⁶⁷³ Carlo SANTULLI explique que « la richesse des frictions entre les ordres juridiques interne et international veut néanmoins que la proposition légale interne soit parfois, à elle seule envisagée comme l'inexécution de l'engagement international qui l'a édicté et il n'est donc pas impossible de trouver des sentences internationales qui montrent sans ambiguïté que c'est le produit légal interne, et non son exécution, qui constitue, dans les circonstances jugées, le fait générateur de la responsabilité internationale de l'État », (*Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 369).

²⁶⁷⁴ La Cour internationale de justice juge ainsi que « [b]ien que la société ait une personnalité morale distincte, un dommage qui lui est causé atteint souvent ses actionnaires. Mais le simple fait que la société et l'actionnaire subissent l'un et l'autre un dommage n'implique pas que tous deux aient le droit de demander réparation. En effet, si des dommages lésant simultanément plusieurs personnes physiques ou morales résultent d'un même fait, on ne peut en tirer aucune conclusion juridique. Un créancier n'a aucunement le droit de demander réparation à une personne qui, en portant préjudice à son débiteur, lui cause une perte. Dans les cas de ce genre, la victime est atteinte dans ses intérêts sans aucun doute, mais non dans ses droits. Ainsi, chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés » : CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), *Belgique contre Espagne*, Rec. CIJ, p. 3, § 44, nous soulignons. À propos de la subordination de l'intérêt d'intenter une action en responsabilité à la lésion d'un droit subjectif, V. Bélangère TAXIL, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, op. cit., p. 167.

organes juridictionnels de sanctionner les violations des obligations de comportement normatif dépourvues d'effet direct.

976. Il appartient ainsi aux juridictions internes de soustraire la règle générale contraire aux obligations de comportement normatif de l'ordre juridique dans lequel elle a été édictée, pour permettre la cessation de l'illicéité (§ 1). Mais, en admettant que ces juridictions puissent, au moyen de l'invocabilité d'exclusion, donner effet à toute obligation conventionnelle en qualité d'élément de la légalité interne, il demeure un obstacle à l'effectivité de cet office : l'accès restreint à la contestation directe des règles générales non concrétisées (§ 2).

§ 1. L'annulation de normes générales constitutives d'un fait internationalement illicite

977. Une obligation conventionnelle peut prescrire l'inexistence ou, au contraire, l'existence²⁶⁷⁵ d'une règle générale au contenu déterminé dans les ordres juridiques internes auxquels elle s'impose. L'invocabilité d'exclusion favoriserait la sanction par les juridictions internes des violations des obligations internationales imposant l'inexistence de certaines règles générales, dans la mesure où l'obtention par les justiciables de l'annulation de règles générales qui correspondent à un modèle prohibé par le droit international serait simplifiée par cette forme d'invocabilité²⁶⁷⁶. Elle serait en revanche inapte à garantir le respect des obligations prescrivant l'édiction de règles générales, car elle ne permet pas de provoquer la production d'un acte juridique au contenu déterminé. La première catégorie de prescriptions – prescrivant l'inexistence de certaines règles générales – s'est développée dans la jurisprudence des juridictions internationales chargées de garantir la protection des droits de l'Homme. Ces instances ont en effet considéré qu'une règle générale peut affecter gravement un droit fondamental international, en raison de la pression qu'elle exerce sur les personnes

²⁶⁷⁵ Il s'agit même, au-delà d'une simple obligation d'édiction, d'imposer l'existence de la règle correspondant au modèle définie par l'obligation internationale, dans la mesure où une telle règle peut avoir été édictée avant l'entrée en vigueur de l'obligation internationale en cause. C'est alors le maintien de la validité de cette règle, et non son édictation qui s'impose à l'État puisque cette règle existe déjà.

²⁶⁷⁶ Pour une analyse de l'invocabilité d'exclusion comme instrument de suppression des antinomies normatives, V. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 1, § 2.

qui entrent dans son champ d'application²⁶⁷⁷, ou de la discrimination dont souffrent ceux qui en sont exclus²⁶⁷⁸. Par conséquent, bien que les juridictions internationales réfutent avec constance leur compétence pour effectuer un contrôle de conventionnalité *in abstracto* des lois étatiques²⁶⁷⁹, la simple existence de règles de portée générale correspondant aux modèles prohibés plus haut présentés est susceptible de constituer un fait internationalement illicite. La seconde catégorie de prescription contraint les États à édicter une règle générale au contenu déterminé. Ce type d'obligations se rencontre principalement dans le domaine pénal et impose aux États d'adopter des législations incriminant certains actes d'une particulière gravité, comme les discriminations raciales et les travaux forcés.

978. Les personnes privées peuvent demander aux juridictions internes de donner effet aux obligations de comportement normatif imposant l'inexistence d'une règle générale, en sollicitant l'invalidation ou l'inapplication de l'acte juridique correspondant au modèle internationalement prohibé. L'efficacité de telles actions serait dynamisée si l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel était admise par ces juridictions (A). En revanche, elles ne peuvent pas utilement solliciter l'application juridictionnelle d'une obligation de comportement normatif prescrivant l'existence d'une règle au contenu déterminé. Les juges internes ne peuvent en effet pas se substituer aux autorités normatives législatives ou réglementaires, pour édicter ce type d'acte (B).

²⁶⁷⁷ Il est ici fait référence aux applications de la théorie du risque selon laquelle l'incrimination d'un droit ou d'une liberté conventionnellement garantie est susceptible de constituer une illicéité, alors même qu'il n'en est pas fait usage par les instances investis du pouvoir de l'appliquer.

²⁶⁷⁸ Il est ici fait référence aux discriminations générées par l'exclusion injustifiée d'une catégorie de personnes du champ d'application d'une norme dévolutive de droit subjectif.

²⁶⁷⁹ Cour EDH, plénière, 6 septembre 1978, *Klass e.a. contre Allemagne*, préc., § 33 ; Cour EDH, 12 octobre 2006, *Kaya contre Roumanie*, req. n° 33970/05, § 21

A. L'efficacité de l'invocabilité d'éviction face aux obligations négatives de comportement normatif

979. Une obligation de comportement normatif peut interdire l'existence d'une règle générale au contenu déterminé dans les ordres internes. La responsabilité internationale, traditionnellement réparatoire, ne se présente alors pas comme un mécanisme de nature à mettre un terme à la violation de ce type d'obligation²⁶⁸⁰. Cette violation est en effet générée par la validité dans un ordre juridique interne d'une norme abstraite de portée générale qui ne cause par essence pas de préjudice concret. Aussi, la mise en œuvre de la responsabilité internationale n'apparaît pas susceptible de permettre la cessation de l'illicite constitué par l'existence de la règle générale in conventionnelle. Les juridictions internes peuvent en revanche priver la règle générale in conventionnelle d'effets juridiques et ce, même si le traité violé était dépourvu d'effet direct dans l'hypothèse où serait consacrée l'invocabilité d'exclusion.

980. Les juridictions internes sont dès lors comme les organes les mieux placés pour mettre un terme à la violation de ce type de prescriptions (1), dans la mesure où elles sont compétentes pour invalider les actes internes in conventionnels (2).

1) Les obligations internationales prohibant l'existence de certaines règles de portée générale

981. Une loi contraire à une obligation internationale peut par elle-même constituer un fait internationalement illicite. Certaines décisions rendues par des juridictions internationales agissant pour la protection des droits fondamentaux (a), ou des investissements des personnes privées (b) fournissent des exemples de règles générales dont l'existence est identifiée comme le fait générateur d'une illicéité internationale. L'invocabilité d'exclusion de ces obligations de comportement normatif permettrait alors aux personnes privées de réclamer aux juridictions internes l'invalidation de ces règles générales in conventionnelles et, par conséquent, de mettre un terme à l'illicéité.

²⁶⁸⁰ V. Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., pp. 389-391.

a) *Les règles générales dont l'existence est prohibée par le droit international des droits de l'Homme*

982. Certaines règles générales susceptibles d'exercer une pression sur le comportement intime d'individus (i), ou excluant certaines catégories de personnes de leur champ d'application alors qu'elles sont attributives de droits (ii), ont été jugées illicites par des juridictions internationales.

i) Les règles générales orientant le comportement intime des individus

983. La simple existence d'une règle de portée générale contraire à une obligation internationale est parfois susceptible de réaliser par elle-même un fait internationalement illicite imputable à l'État qui l'a édicté. Cette éventualité rompt avec le principe de la subordination de la consommation du délit international à l'édiction d'un acte juridique d'exécution affectant une situation juridique individuelle²⁶⁸¹. La théorie de l'illicéité générée par l'état du droit interne a prospéré en droit international des droits de l'Homme dans lequel Hélène Raspail a démontré que, souvent, « *le comportement exigé est normatif : l'État doit assurer un certain état de ses règles internes* »²⁶⁸².

984. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi jugé, dans une affaire *Irlande contre Royaume-Uni* qu'« *une législation entraîne par sa seule existence un manquement si elle introduit, commande ou autorise des mesures incompatibles avec les droits et libertés protégés* »²⁶⁸³. Il apparaît en effet qu'en certaines hypothèses, le droit international est susceptible d'interdire l'existence de certaines normes d'habilitation. Dans l'affaire *Dudgeon*²⁶⁸⁴, la Cour de Strasbourg a estimé qu'une législation incriminant les actes homosexuels viole par elle-même l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a en effet jugé que « *la législation attaquée représente une ingérence*

²⁶⁸¹ Pour un exposé de ce principe, V. *supra*, ce Chapitre, Section 1, § 1.

²⁶⁸² Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, *op. cit.*, p. 239.

²⁶⁸³ Cour EDH, plénière, 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, req. n°5310/71, § 240.

²⁶⁸⁴ Cour EDH, plénière, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, req. n°7525/74.

permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée [...] au sens de l'article 8 par. 1 (art. 8-1). Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci»²⁶⁸⁵. L'alternative à laquelle la personne physique se trouve confrontée en raison de l'existence de la loi querellée – la renonciation au comportement prohibé ou l'exposition de sa responsabilité pénale s'il s'y livre – constitue une illicéité internationale. De fait, le délit international se trouve alors constitué par l'existence d'un acte juridique non *self-executing*, dans la mesure où la règle étatique investit les organes juridictionnels du pouvoir de réprimer certains comportements privés dont les individus peuvent revendiquer le libre exercice en vertu d'une obligation conventionnelle.

985. Cette illicéité internationale est constituée indépendamment de toute considération relative à leur usage par les organes investis du pouvoir de les mettre en œuvre. La désuétude et l'inapplication de ladite législation sont indifférentes. Le simple fait que celle-ci « *continue à figurer dans le recueil des lois* », alors même qu'elle « *est lettre morte* »²⁶⁸⁶, crée une pression sur les individus constitutive d'une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme. Un risque réel pèse en effet sur les individus dans la mesure un changement de la politique relative à l'application de l'incrimination de l'acte homosexuel n'est pas exclu²⁶⁸⁷. Le comportement des autorités internes est susceptible d'évoluer tant que cette législation reste en vigueur dès lors que le prononcé d'une condamnation sur son fondement demeure légal. La menace que fait peser sur les individus un tel dispositif pénal est donc, comme on le verra, le motif de la recevabilité de la requête²⁶⁸⁸, mais également le fait générateur de l'illicéité.

986. Bien que relayé par certains juges de la Cour interaméricaine des droits de l'homme²⁶⁸⁹, ce type de raisonnement permettant de trouver dans un acte de portée générale

²⁶⁸⁵ Cour EDH, plénière, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, préc., § 41 ; Cour EDH, plénière, 26 octobre 1988, *Norris contre Irlande*, req. n°8225/78, § 38.

²⁶⁸⁶ Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos contre Chypre*, req. n°15070/89, §§ 20, 23.

²⁶⁸⁷ Cour EDH, plénière, 26 octobre 1988, *Norris contre Irlande*, préc., § 33.

²⁶⁸⁸ Pour une présentation de la théorie de la victime potentielle, V. *infra*, cette Section, § 2, A, 1), b).

²⁶⁸⁹ Le juge Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE a plaidé dans de nombreuses opinions dissidentes en faveur d'une importation de cette théorie du risque dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. À l'occasion d'une affaire *El Amparo*, il observait que « *the very existence of a legal provision may per se create a situation which directly affects the rights protected by the American Convention. A law can certainly violate those rights by virtue of its own existence, and, in the absence of a measure of application or execution, by the real threat to the person(s), represented by the situation created by such law* » : Cour IADH, 14 septembre 1996, *El Amparo contre Venezuela (réparations)*, Série C, n°28 opinion dissidente du juge CANÇADO TRINDADE, p. 174. Traduction : « la seule existence d'une disposition législative peut causer *per se*

non concrétisé le fait générateur d'une illicéité, n'a pas encore trouvé d'application dans la jurisprudence de la juridiction de San José. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas pour autant l'apanage de son application. Dans une affaire *Toonen contre Australie*, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a en effet condamné l'Australie au motif que la législation ordonnant à ses juridictions de condamner les relations intimes homosexuelles violait le droit à la vie privée des individus, tel que garanti par l'article 17 du Pacte international sur les droits civils et politiques²⁶⁹⁰.

987. Les législations relatives à l'usage de la torture sont également susceptibles de constituer par elles-mêmes, et en dehors de toute application, une illicéité internationale. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a ainsi jugé possible d'écarter le principe selon lequel seule l'application d'une loi peut constituer le fait illicite, « *dans le cas de torture, le simple fait de maintenir en vigueur ou d'adopter une législation contraire à l'interdiction internationale de la torture engendre la responsabilité internationale de l'État* »²⁶⁹¹. La juridiction pénale internationale a indiqué que « *le droit international vise à interdire les transgressions potentielles* »²⁶⁹² de l'obligation de ne pas soumettre les individus à la torture. La prohibition internationale de la torture présente en définitive une telle importance qu'« *un acte immatériel (intellectuel) suffit pour la heurter* »²⁶⁹³. La règle générale étatique habilitant un organe à recourir à la torture est donc internationalement illicite, quand bien même l'autorité investie de ce pouvoir n'en fait pas usage.

une situation qui affecte les droits protégés par la Convention interaméricaine. Une loi peut certainement violer ces droits en raison de sa seule existence, en l'absence de mesure d'application ou d'exécution, par la réelle menace qu'elle fait peser sur des personnes, dont l'existence procède d'une situation créée par un telle loi ».

²⁶⁹⁰ Le Comité juge que « [p]our déterminer si l'auteur pouvait être considéré comme une "victime" au sens de l'article premier du Protocole facultatif, [le Comité] a noté que les dispositions législatives contestées par celui-ci n'étaient plus appliquées depuis un certain nombre d'années par les autorités judiciaires de Tasmanie. Il a considéré toutefois que l'auteur avait avancé suffisamment d'arguments pour démontrer que le maintien de ces dispositions — qui risquaient à tout moment d'être appliquées et influaient en permanence sur les pratiques administratives et l'opinion publique — lui avaient été et continuaient de lui être préjudiciables et qu'elles pouvaient soulever des questions relevant des articles 17 et 26 du Pacte. Le Comité a donc estimé que l'auteur pouvait être considéré comme une victime » : CDH, 31 mars 1994, *Toonen contre Australie*, n°488/1992, ILR, vol. 112, pp. 328-342 (333), § 5.1.

²⁶⁹¹ TPIY, 10 décembre 1998, *Prosecutor contre Furundzija*, (Chambre de première instance), ILM, 1999, pp. 317-377 (348), § 150. Traduction par Carlo SANTULLI du texte anglais : « *in the case of torture, the mere fact of keeping in force or passing legislation contrary to the international prohibition of torture generates international State responsibility* », (Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, op. cit., p. 387).

²⁶⁹² TPIY, 10 décembre 1998, *Prosecutor contre Furundzija*, (Chambre de première instance), préc., § 148. Traduction de l'auteur.

²⁶⁹³ Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, op. cit., p. 386.

988. Cette même caractéristique a été attribuée à l'article 2, paragraphe 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales, qui oblige les États parties à « *modifier, abroger ou annuler toute loi et toutes dispositions réglementaires ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer là où elle existe* ». Concernant la violation de cette obligation, Jean Salmon observait que « [p]eu importe que la non-conformité du comportement ait ou non engendré des conséquences concrètement préjudiciables. L'obligation est violée du seul fait que le comportement requis n'ait pas été respecté. Ainsi, si une convention comme celle de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale impose (art. 2, § 1) à l'État d'abroger les dispositions législatives qui ont pour effet de créer une telle discrimination, cette obligation est violée du seul fait que les dispositions en question n'ont pas été formellement abrogées, même là où elles n'auraient jamais été appliquées en fait ou ne pourraient plus l'être »²⁶⁹⁴. Il apparaît donc que les prescriptions internationales relatives à la prohibition de la torture et des discriminations raciales n'interdisent pas seulement les comportements concrets étatiques entrant en conflit avec ladite obligation, mais également l'état du droit interne qui en permet la violation.

989. Ces obligations internationales ne se donnent toutefois pas pour objet de garantir la conformité abstraite du droit interne à leurs prescriptions, mais de prévenir la violation concrète des droits conventionnels des individus que provoquerait la mise en application des règles générales prohibées. L'invalidation de ces règles générales inconvictionnelles, à laquelle les justiciables pourraient plus aisément prétendre après la reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion, met fin à la pression exercée sur les individus par la perspective de cette violation et, par voie de conséquence, crée les conditions de la cessation de l'illicéité internationale.

990. Les obligations de comportement normatif prohibant l'existence de règles générales dévolutives de droit excluant de leur champ d'application certaines catégories de personnes sont porteuses d'une logique distincte. Ce n'est pas ici la menace constituée par la perspective de leur concrétisation qui est le fait générateur de l'illicéité, mais au contraire leur inapplicabilité à une catégorie de la population qui se trouve par conséquent discriminée.

²⁶⁹⁴ Jean SALMON, « Le fait étatique complexe – une notion contestable », préc., p. 717.

ii) Les règles générales dévolutives de droit excluant de leur champ d'application certaines catégories de personnes

991. Dans l'affaire *Vallianatos contre Grèce*²⁶⁹⁵, la Cour européenne des droits de l'Homme était appelée à connaître de la conformité de l'article 1 de la loi grecque du 26 novembre 2008, réservant aux personnes physiques majeures de sexes opposés le droit de contracter un pacte de vie commune, à l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La conformité de ladite loi aux prescriptions de la Convention a été examinée *in abstracto* par la Cour européenne des droits de l'Homme, alors même que celle-ci n'a pas été appliquée à la situation juridique du requérant²⁶⁹⁶. Sur le fond, c'est l'absence « *de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi n°3719/2008* » qui invite la Cour à conclure à la violation de l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention²⁶⁹⁷. Cette ligne de raisonnement se rapproche de celle définie à la faveur des arrêts *Mazurek*²⁶⁹⁸ et *Fabris*²⁶⁹⁹, à l'occasion desquels la France fut condamnée en raison de sa législation qui n'accordait pas aux enfants adultérins des droits de succession comparables à ceux dont bénéficiaient les enfants légitimes. Il apparaît alors qu'une illicéité internationale peut être réalisée du simple fait de l'existence d'une règle de portée générale dévolutive de droit individuel, dont le champ d'application *ratione personae* est jugée trop restreint pas la juridiction de Strasbourg.

992. Les juridictions internationales de protection des droits de l'Homme encadrent donc le comportement normatif des États. Certaines normes de portée générale étatiques sont également susceptibles de réaliser par elle-même, sans mesure d'application, une illicéité dans le domaine du droit international économique.

²⁶⁹⁵ Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, req. n°s29381/09 et 32684/09.

²⁶⁹⁶ Dans son opinion concordante le juge Pinto DE ALBUQUERQUE observe que « *lorsqu'une loi ou un règlement confère un droit garanti par la Convention seulement à un groupe de personnes, en fonction d'une caractéristique identifiable de ce groupe, privant par voie de conséquence un autre groupe de personnes se trouvant dans une situation identique ou similaire de la jouissance de ce droit sans aucune justification objective, la conventionnalité de cette loi peut être examinée in abstracto par la Cour si celle-ci se trouve saisie d'un grief introduit par un membre du groupe privé de ce droit* » : Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt, Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

²⁶⁹⁷ Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc., § 33.

²⁶⁹⁸ Cour EDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek contre France*, préc.

²⁶⁹⁹ Cour EDH, 7 février 2013, *Fabris contre France*, req. n°16574/08.

b) Droit international économique et affectation de la valeur des investissements

993. Un acte législatif affectant ou anéantissant la rentabilité de certains investissements étrangers, dont le traitement juste et équitable est conventionnellement protégé, peut être constitutif d'un fait illicite. Les lois ayant pour finalité l'affectation ou l'anéantissement de la rentabilité de l'investissement étranger sont à distinguer de celles dont l'objet est la stabilité économique de l'État, mais qui produisent incidemment le même effet.

994. L'affaire dite des *raffineries grecques* fournit un exemple d'illicéité internationale constitué par une législation étatique dont l'objet est de priver une entreprise de sa créance contre un État²⁷⁰⁰. Par une sentence arbitrale du 27 février 1984, l'État grec avait été reconnu débiteur de la somme de 16 millions de dollars en raison de l'expropriation d'un terrain sur lequel la requérante, l'entreprise Stran, avait entrepris d'importants travaux. La République hellénique a par la suite engagé une procédure devant les juridictions grecques pour contester la validité de cette sentence. Et ces juridictions furent contraintes de donner droit à cette requête, pour tirer les conséquences de la loi 1701/ 1987 adoptée par le Parlement hellène le 22 mai 1987 qui disposait que la résiliation des contrats d'exploitation d'hydrocarbure, tel celui qui liait l'État à la requérante, « entraîne l'annulation de plein droit de toutes leurs conditions et clauses, y compris de la clause d'arbitrage pour la solution de tout litige ; toute compétence de tribunaux d'arbitrage cesse d'exister ». Cette loi a soustrait à l'entreprise Stran sa qualité de créancière d'une dette contre l'État, car sa créance lui avait été attribuée par une juridiction arbitrale dont la compétence a rétroactivement été abolie. La loi du 22 mai 1987 viole conséquemment le droit de propriété de la requérante, en la privant d'un bien protégé par l'article 1, protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁷⁰¹. Cette loi interprétative dont l'objet interdit le respect d'une obligation conventionnelle constitue donc par elle-même un fait internationalement illicite.

995. Par ailleurs, une loi peut avoir pour effet incident de ne pas permettre à un État de garantir la rentabilité des investissements privés engagés sur son territoire. Une telle baisse de

²⁷⁰⁰ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, req. n°13427/87.

²⁷⁰¹ Carlo SANTULLI observe, à propos de l'affaire des *Raffineries*, que « la qualité légale (subjective) qu'est la créance disparaissait du fait de la catégorie légale opérée par la loi qui constitue ainsi [...] un fait internationalement illicite imputable à la Grèce. Ici c'est le caractère complet d'une proposition prédicative qui, permettant à celle-ci d'anéantir immédiatement une qualité, entraîne une violation de l'obligation internationale », (*Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, op. cit., pp. 386-387).

rentabilité trouvant sa cause dans l'édition d'une loi étatique produisant des effets dans la sphère économique est susceptible d'entrer en tension avec l'obligation internationale, tirée d'un traité bilatéral d'investissement, qui impose à l'État de réception de garantir cette rentabilité. La crise économique et sociale survenue en Argentine entre 1999 et 2002 a par exemple incité le gouvernement à adopter des mesures ayant pour effet d'affecter la valeur des licences d'exploitation de gaz acquises par des investisseurs étrangers, sans que ne soient institués des dispositifs d'indemnisations. La décision prise par le gouvernement argentin en décembre 2001 de mettre fin à la convertibilité du Peso avec le Dollar US au taux de 1 pour 1 a décidé l'entreprise américaine CMS, possédant 30 % des actions de la *Transportadora de Gaz de Norte*, entreprise argentine de transport de gaz, à réclamer une indemnisation devant un Tribunal arbitral. La firme alléguait notamment la violation de l'article II, 2), a) du Traité bilatéral d'investissement États-Unis/ Argentine, qui ordonne à chacune des parties d'offrir aux investisseurs de l'autre partie un traitement juste et équitable. Le Tribunal arbitral donna droit à l'argument du réclamant, considérant que l'altération de l'environnement économique argentin causée par la nouvelle réglementation relative au taux de change Peso/ Dollar violait l'attente légitime de l'investisseur, et contrevenait conséquemment aux prescriptions du Traité bilatéral d'investissement États-Unis/ Argentine²⁷⁰². L'interprétation retenue dans cette sentence arbitrale de la doctrine de l'attente légitime relative à la rentabilité des investissements a donc écarté la possibilité de faire supporter aux investisseurs étrangers les

²⁷⁰² Le Tribunal arbitral juge que « *the measures that are complained of did in fact entirely transform and alter the legal and business environment under which the investment was decided and made. The discussion above, about Tariff regimes and its relationship with a Dollar standard and adjustment mechanisms unequivocally shows that these elements are no longer present in the regime governing the business of the claimant. [...] In addition to the specific terms for the Treaty, the significant number of treaties, both bilateral and multilateral, that have dealt with this standard shows that fair and equitable treatment is inseparable from stability and predictability. [...] The Tribunal, therefore, concludes against the background of the present dispute that the measures adopted resulted in an objective breach of the standard laid down in the Article II(2)(a) of the Treaty* » : CIRDI, 12 mai 2005, *CMS Gaz Transmission Company contre Argentine (award)*, n°ARB/01/8, *I.L.M.*, p. 1238, §§ 275, 276, 281. Traduction : « Les mesures qui sont attaquées ont, en fait, totalement transformé et modifié l'environnement juridique et commercial dans le cadre duquel l'investissement a été décidé et effectué. Les développements précédents, relatifs aux droits de douane et au mécanisme d'ajustement et de stabilisation du taux de conversion du Dollar, montrent sans équivoque que ces éléments ne bénéficient plus à l'entreprise du demandeur. [...] En plus des dispositions spécifiques du Traité, le nombre important de traités, tant bilatéraux que multilatéraux, qui intègrent ce mécanisme, montre que le traitement juste et équitable est inséparable de la stabilité et de la prévisibilité. [...] Le Tribunal conclut donc dans le contexte du présent litige que les mesures adoptées ont donné lieu à une violation objective de la règle posée par l'article II (2) (a) du traité ».

pertes financières liées aux changements règlementaires nécessaires à la stabilisation de l'économie de l'État dans lequel ils ont investi²⁷⁰³.

996. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a par la suite explicitement confirmé qu'un dispositif juridique de portée générale ne ciblant pas spécifiquement un investisseur étranger pouvait constituer une violation d'une obligation internationale portée par un Tribunal bilatéral d'investissement²⁷⁰⁴. Ces lois, qui présentent « *la particularité de se répercuter sur les situations juridiques dès leur entrée en force* »²⁷⁰⁵, sont donc susceptibles de constituer par elle-même un fait internationalement illicite.

997. La cessation des violations des obligations de comportement normatif peut être réalisée par l'invalidation ou l'inapplication juridictionnelle des règles générales contraires à leurs prescriptions. À ce titre, la régularisation de l'état du droit interne pourrait être plus aisément atteinte après qu'ait été consacrée l'invocabilité d'éviction des ces normes conventionnelles devant les juridictions internes.

2) La garantie de la cessation de l'illicéité par l'invocabilité d'éviction

998. L'invocabilité d'exclusion permettrait aux juridictions internes de garantir efficacement la cessation des illicéités internationales procédant de la violation de règles conventionnelles imposant l'inexistence de règles internes au contenu déterminé. Il n'est plus ici question de prévenir la réalisation de l'illicéité internationale, comme lorsque la violation de l'obligation internationale nécessite la concrétisation de la norme d'habilitation

²⁷⁰³ Jonathan BONNITCHA, « Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des “attentes légitimes” dans le cadre de la norme du traitement juste et équitable », *Investment Treaty News*, avril 2011, pp. 6-9 (7) ; pour une approche critique, V. Rémi BACHAUD, « Les poursuites du CIRDI contre l'Argentine : Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers », Note de recherches – Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, disponible sur internet : http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Poursuites_Argentine.pdf.

²⁷⁰⁴ La commission juge que « *Article 8(1) of the Argentina-U.K. BIT refutes Argentina's position that not all measures come under its application. This provision bans not just direct seizures of an investment, but also “... measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation”* » : CNUDCI, 24 décembre 2007, *B.G. Group Plc. contre Argentine*, disponible sur internet : <http://ita.law.uvic.ca/>, §§ 219-233. Traduction : « L'article 8 (1) du Traité bilatéral d'investissement Argentine-R.U. réfute l'argument de l'Argentine selon lequel toutes les mesures n'entrent pas dans son champ d'application. Cette stipulation prohibe non seulement les saisies directes sur investissement, mais également “... les mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou une expropriation” ».

²⁷⁰⁵ Pierre-François LAVAL, *La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, op. cit., pp. 405-406.

étatique²⁷⁰⁶. Il s'agit pour les juridictions internes françaises et de l'Union européenne d'offrir aux justiciables la possibilité de priver de tout effet juridique la règle générale constitutive par elle-même d'une illicéité internationale. De cette manière, l'état du droit interne peut être mis en conformité avec les obligations internationales liant l'ordre juridique dont ces juridictions sont un organe.

999. En présence d'une violation des obligations de comportement normatif par une norme d'habilitation non concrétisée, le modèle réparatoire des sanctions proposé par le droit de la responsabilité internationale est inadapté au caractère purement légal du préjudice. Dans l'affaire *Dudgeon*, le requérant réclamait le versement de 10000 livres sterling, aux fins de réparer le préjudice moral dont il avait été victime. La Cour européenne des droits de l'Homme lui opposa que le différend dont elle était saisie portait sur l'existence d'une règle juridique non appliquée et, qu'en conséquence, « *M. Dudgeon doit être réputé avoir atteint son but : provoquer une réforme du droit nord-irlandais. Dès lors, et eu égard à la nature de la violation constatée, la Cour estime que pour ce chef de la demande l'arrêt du 22 octobre 1981 constitue en soi une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 50, sans qu'il y ait lieu d'allouer une compensation pécuniaire* »²⁷⁰⁷. Autrement dit, l'indemnisation n'est pas une conséquence à retirer du préjudice juridique constitué par l'existence d'une norme d'habilitation illicite²⁷⁰⁸. Le constat de la violation de l'obligation internationale par l'acte en cause produit un effet d'incitation à la cessation de l'illicite, seul dispositif en mesure de porter remède au préjudice purement légal.

1000. Dans cet ordre d'idées, la Cour permanente de justice internationale a jugé dans l'affaire *Mavrommatis*²⁷⁰⁹ qu'un délit international était réalisé par la simple existence d'un contrat, conclu par la Couronne britannique avec M. Rutenberg, qui obligeait les organes internes à exproprier à sa demande toute concession d'exploitation préexistante à la sienne. La juridiction internationale a en revanche considéré qu'à défaut d'usage de cette norme d'habilitation, « *cette clause n'a, en fait, ni entraîné une expropriation ou une annulation des concessions de M. Mavrommatis, ni causé à celui-ci un préjudice quelconque qui puisse*

²⁷⁰⁶ V. *supra*, ce Chapitre, Section 1.

²⁷⁰⁷ Cour EDH, 24 février 1983, *Dudgeon contre Royaume-Uni (article 50)*, préc., § 14.

²⁷⁰⁸ Hélène RASPAIL observe que « ([t]raditionnellement réparatoire, la responsabilité internationale de l'État semble être une réponse bien peu adaptée à la violation d'une obligation internationale du fait du droit interne, ne causant par essence aucune séquelle concrète », (*Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, *op. cit.*, p. 389).

²⁷⁰⁹ CPJI, 26 mars 1925, *Concession Mavrommatis à Jerusalem*, *Rec. CPJI*, Série A, p. 6.

donner lieu à son profit à des dommages-intérêts dans le présent procès », en conséquence de quoi, « il y a lieu de débouter le gouvernement hellénique de sa demande en indemnité »²⁷¹⁰. Lorsqu'une illicéité ne génère pas de préjudice matériel, il n'y a pas lieu de retirer des conséquences indemnitaires de la violation de l'obligation internationale. Une symétrie paraît établie en droit international entre le caractère purement normatif du préjudice et le caractère purement normatif de la réparation, qui se traduit par une déclaration d'illicéité supposée satisfaire la requête, en incitant l'État fautif à régulariser l'état de son droit interne. L'effet incitatif produit par ces jugements déclaratoires ne suffit toutefois pas toujours à convaincre l'État de mettre son droit en conformité avec ses obligations internationales. C'est sur ce point que l'office des juridictions internes, soutenu par une invocabilité simplifiée desdites obligations, pourrait étendre la mesure de sa complémentarité avec la jurisprudence internationale. En l'espèce, ces juridictions britanniques pourraient annuler l'acte contractuel par lequel l'État s'oblige à procéder aux expropriations sollicitées par M. Rutenberg²⁷¹¹.

1001. Quand la voie de la réparation se trouve inadaptée au redressement de la violation d'une obligation internationale, la juridiction interne peut émettre un autre type de sanction, qui est en meilleure adéquation avec la nature de l'obligation internationale dont elle garantit le respect : la cessation de l'illicéité. Dans une hypothèse telle que celle en cause dans l'affaire *Dudgeon*²⁷¹², où une norme de portée générale viole une obligation internationale sans causer de préjudice matériel, les juges internes sont en capacité, à la différence des juridictions internationales, de priver d'effets juridiques l'acte générateur du fait internationalement illicite. Et l'inapplication, voir l'abrogation²⁷¹³ de ces règles non *self-executing* sont les seules techniques susceptibles de remédier à cette illicéité. Si bien que la Cour de justice de l'Union comme le Conseil d'État français sont investis du pouvoir de mettre un terme au délit international. L'adoption d'une approche plus souple des conditions d'invocabilité des obligations conventionnelles profiterait alors à l'efficacité de cet office, en même temps qu'elle rendrait justice à l'engagement constitutionnel de la France et de

²⁷¹⁰ CPJI, 26 mars 1925, *Concession Mavrommatis à Jerusalem*, Rec. CPJI, Série A, p. 45.

²⁷¹¹ L'adhésion du système constitutionnel du Royaume-Uni à la doctrine de la transformation, ainsi que les difficultés d'établir un intérêt à agir lorsqu'il n'est pas fait usage d'une norme d'habilitation dont l'illégalité est supposée (V. *infra*, cette Section, § 2), constitueraient cependant deux entraves à la mise en conformité de l'état du droit interne par le juge de la légalité britannique.

²⁷¹² Cour EDH, plénière, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, préc.

²⁷¹³ Sur les conséquences du jugement d'inconventionnalité prononcé par une juridiction interne, qui sont déterminées selon la nature de l'acte interne litigieux, V. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, § 2.

l'Union²⁷¹⁴ à respecter le droit international. Il faut néanmoins convenir que, dans le cas où l'illicéité a pour cause la violation d'une obligation de comportement normatif prescrite par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, la plus-value apportée par l'invocabilité d'éviction est nulle, dans la mesure où cet instrument est d'effet direct.

1002. Mais, de telles obligations peuvent également être prescrites par des accords internationaux dont certaines dispositions ne produisent pas d'effet direct. Le Comité européen des droits économiques et sociaux a ainsi jugé que l'assimilation des périodes durant lesquelles les médecins sont d'astreinte à un temps de repos, instaurée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail²⁷¹⁵, contrevenait au droit à une durée raisonnable de travail tel que garanti par l'article 2, paragraphe 1 de la Charte sociale européenne²⁷¹⁶. Ensuite, le Comité a relevé que l'insuffisance des majorations de salaire instituées par le dispositif relatif à la rémunération des heures supplémentaires des cadres et salariés assimilés méconnaissait le droit des salariés à une rémunération équitable, protégé par l'article 4, paragraphe 2 de la Charte²⁷¹⁷. Deux stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct dans la jurisprudence administrative française²⁷¹⁸ étaient donc méconnues par un acte législatif entrant dans leur champ d'application. Après que la Cour de Cassation refusa de se prononcer directement sur la

²⁷¹⁴ Pour rappel, l'alinéa 14 du préambule de 1946 dispose que « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* » et l'article 3, alinéa 5 du Traité sur l'Union européenne dispose que « [d]ans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue [...] au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies ».

²⁷¹⁵ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF*, 21 août 2008, p. 13064.

²⁷¹⁶ Comité européen des droits sociaux, 23 juin 2010, *Confédération générale du Travail contre France*, réclamation n°55/2009, pt. 65.

²⁷¹⁷ Le Comité estime que « *les heures de travail effectuées par les salariés soumis au système de forfait en jours qui ne bénéficient, au titre de la flexibilité de la durée du travail, d'aucune majoration de rémunération, sont anormalement élevées. Le fait qu'une majoration de la rémunération soit désormais prévue pour les jours travaillés correspondant aux jours de travail auxquels le salarié soumis au système de forfait a renoncé, n'apparaît pas suffisant au regard des exigences du paragraphe 4 de l'article 2. Dans ces conditions, une période d'un an est excessive. Par conséquent, le Comité dit que la situation est contraire à l'article 4 § 2 de la Charte révisée* » : Comité européen des droits sociaux, 23 juin 2010, *Confédération générale du Travail contre France*, préc., pts. 74-75 ; le dispositif du « *forfait en jours* » avait déjà été condamné à deux reprises par le Comité : Comité européen des droits sociaux, 16 novembre 2001, *Confédération française de l'encadrement contre France*, réclamation n°09/2000 ; Comité européen des droits sociaux, 12 octobre 2004, *Confédération française de l'encadrement CFE-CGC*, réclamation n°16/2003.

²⁷¹⁸ Le conseil d'État a décliné à plusieurs reprises l'effet direct de l'article 4, paragraphe 2 de la Charte sociale européenne : CE, 25 juillet 2007, *Hellequin*, n°292739, inédit ; CE, 25 juillet 2007, *Mme Lowinski*, n°292730, inédit ; CE, 10 octobre 2011, *Union syndicale solidaire de l'Isère*, préc. ; CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, préc. On peut inférer le défaut d'effet direct de l'article 2 d'une jurisprudence qui décline avec constance l'effet direct des différentes stipulations de la Charte depuis l'arrêt *Melle Valton et Melle Crepeaux* du 2 avril 1984, V. Carole NIVARD, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *RDLF*, 2012, chron. n°2.

conformité de la loi de 2008 avec les exigences de la Charte²⁷¹⁹, il eut été bienvenu qu'un agent de la fonction publique hospitalière puisse appeler les juridictions administratives à inciter le législateur à mettre l'état du droit français en conformité avec ses obligations internationales²⁷²⁰. L'admission de l'invocabilité d'éviction se présente ici comme un passage obligé pour parvenir à cette fin. L'inapplication de la loi que cette forme d'invocabilité permettrait de réclamer au juge administratif engagerait en effet un mouvement vers une cessation de l'illicéité internationale.

1003. Le même raisonnement pourrait être conduit concernant la directive communautaire de 2005 relative aux pollutions maritimes²⁷²¹. En raison de l'incrimination des rejets de substances polluantes suite à une négligence grave qu'elle porte, il n'est pas certain que cette directive se conforme pleinement avec l'exigence de libre passage inoffensif des navires étrangers que défend la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer²⁷²². Si l'illicéité de cette directive était établie par une instance internationale, ce qui nous apparaît improbable, l'invocabilité d'exclusion de cette Convention devant la Cour de justice permettrait de faire cesser l'illicéité en privant cette incrimination d'effets juridiques. Pour l'instant, la subordination de l'invocabilité des accords internationaux à l'effet direct, confirmée dans la jurisprudence *Intertanko*, ne permet pas à la Cour de justice de mettre un terme à l'illicéité constituée par la règle interne qui viole la Convention de Montego Bay.

1004. L'invocabilité d'éviction peut donc créer les conditions d'une collaboration efficace entre personnes privées et juridictions internes pour provoquer la cessation des illicéités réalisées par l'existence de règles générales inconventionnelles. L'office des juridictions internes offrirait ainsi à l'État le pouvoir de dissoudre les illicéités procédant de l'existence d'actes adoptés par ses organes législatif ou administratif en violation de ses obligations normatives, même dépourvues d'effet direct. Ces juridictions ne peuvent en revanche pas remédier à l'illicéité procédant de la violation d'une obligation d'émettre un acte juridique ayant un contenu déterminé par le droit international. Lorsque c'est la carence du législateur

²⁷¹⁹ Cass. soc., 29 juin 2011, *M. X contre Société Y*, n°09-71107, *Bull. civ.*, n°181.

²⁷²⁰ Un agent de la fonction publique hospitalière pourrait par exemple alléguer la violation de l'article 4, paragraphe 2 par l'assimilation des heures d'astreintes au temps de repos, si le défaut d'effet direct ne s'opposait pas à son invocabilité.

²⁷²¹ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, préc.

²⁷²² Pour un aperçu du débat de fond, V. *supra*, Ce Titre, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 2) et B.

qui constitue le délit international, l'organe juridictionnel n'a en effet pas le pouvoir d'y mettre un terme.

B. L'inopérance de l'invocabilité d'éviction face aux obligations positives de comportement normatif

1005. Une norme conventionnelle peut prescrire l'édiction d'actes juridiques étatiques au contenu déterminé. En présence d'une telle obligation, « *le fait illicite est [...] l'inexistence, du fait du comportement d'un sujet de droit international, d'une règle qui correspond à la règle interne décrite par la prescription internationale* »²⁷²³. La paralysie du droit interne n'est pas en mesure de satisfaire ce type de prescriptions, il faut encore que le législateur produise l'acte dont elles commandent l'édiction. Il est à noter que cette obligation n'exige cette action du législateur que dans l'hypothèse où il n'existe pas déjà, dans l'ordre juridique de l'État auquel elle s'impose, une norme correspondant au modèle qu'elle définit²⁷²⁴. Les limites des pouvoirs de dissolution de l'illicéité par les juridictions internes sont atteintes lorsque des obligations internationales de ce type sont violées par un État. Ces juridictions peuvent en effet mettre un terme à l'existence d'une règle interne proscrite par une obligation internationale, et constitutive par elle-même d'un fait illicite, mais sont en revanche dans l'incapacité de provoquer l'édiction d'actes dont l'existence est prescrite par une obligation internationale. De sorte que la consécration de l'invocabilité d'exclusion ne permettrait pas de promouvoir le respect des obligations positives de comportement normatif.

1006. Avant de déterminer les causes de cette incapacité des juridictions françaises et de l'Union européenne (2), il convient d'identifier celles des prescriptions internationales qui sont des obligations positives de comportement normatif (1).

²⁷²³ Hugo MEUNIER, *Les normes internationales qui prescrivent l'existence ou l'inexistence d'une règle interne*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, p. 128.

²⁷²⁴ Hugo MEUNIER soutient que de ce point de vue, « *ce qui importe ce n'est pas tant l'introduction d'une règle dans un ordre juridique interne que la présence d'une règle dans un ordre juridique interne* », (*Ibid.*, p. 99).

1) Les obligations internationales prescrivant l'existence de règles générales nationales au contenu déterminé

1007. Ce type d'obligations a alimenté la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie. Son président a ainsi considéré dans une décision relative aux conditions de détention du général Tihomir Blaškić qu'en l'absence d'édiction « *des mesures législatives nécessaires pour lui permettre de respecter les ordonnances et requêtes du Tribunal [...], la République de Croatie contrevient indéniablement depuis 1993 à son obligation d'appliquer le Statut [du Tribunal]* »²⁷²⁵. Dans l'affaire *Furundzija*, le Tribunal a ensuite jugé que l'interdiction de la torture par les Conventions de Genève de 1949 oblige tout État lié par le Statut du Tribunal à édicter une loi intégrant cette prohibition dans son ordre juridique²⁷²⁶. L'État se trouvait alors contraint à adopter un comportement normatif internationalement déterminé, à « *mettre immédiatement en place toutes les procédures et mesures qui peuvent permettre, dans l'ordre juridique interne, de prévenir tout recours à la torture ou de mettre sans délai un terme à sa pratique* »²⁷²⁷. Dans ce contexte, c'est l'absence de loi d'incrimination qui est la source de l'illicéité internationale, le vide juridique constituant une source implicite d'autorisation du comportement internationalement prohibé. Cette autorisation implicite est manifeste dans les ordres juridiques étatiques dits dualistes, dans lesquels la norme internationale prescrivant l'interdiction de la torture ne peut s'appliquer sans acte interne de transformation²⁷²⁸. Pour cette raison, le droit international pénal requiert une action positive de la part du législateur : l'incrimination des comportements d'une particulière gravité dans l'ordre juridique interne²⁷²⁹.

²⁷²⁵ TPIY, décision du président du Tribunal, 3 avril 1996, *Blaškić, R.G.D.I.P.*, 1996, pp. 1151-1159 (1154).

²⁷²⁶ TPIY, 10 décembre 1998, *Prosecutor contre Anto Furundzija*, (Chambre de première instance), préc.

²⁷²⁷ TPIY, 10 décembre 1998, *Prosecutor contre Anto Furundzija*, Chambre de première instance, préc., § 149.

²⁷²⁸ V. Hélène RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, op. cit., p. 340.

²⁷²⁹ Otto TRIFFTERER relève ainsi que « *quite a number of States are favouring to implement at least all crimes defined and listed in the Statutes into domestic codifications* ». Les États font le choix de la domestication de ces incriminations tant pour mettre leur droit en conformité avec les obligations internationales les liant, que pour s'assurer que les individus destinataires de ces obligations n'appréhendent pas les prohibitions portées par les instruments de droit pénal international comme des déclarations d'intention politique : « *the best, while the safest way is to implement those crimes defined in those statutes literally into the domestic legal systems* », (« Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes », in Claus KRESS, Claudia LATTANZI, (dir.), *The Rome Statute and Domestic Legal Order*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 1-28 (6-7)). Jean SALMON classait également les prescriptions conventionnelles parmi celles dites de « droit uniforme » imposant « *aux organes de l'État un comportement spécifiquement déterminées* », (« Le fait étatique complexe – une notion contestable », préc., p. 716). Et le comportement peut consister en l'édiction par le législateur national d'un acte juridique au contenu internationalement défini. L'auteur se réfère aux Conventions

1008. Les juridictions internationales de protection des droits fondamentaux et les organes de suivi chargé de l'examen de la bonne exécution de leurs décisions ont également dégagé l'existence d'obligations positives de comportement normatif. La Commission d'enquête de l'Organisation internationale du travail a estimé en 1963 que l'abrogation des législations permettant le travail forcé n'était pas à elle-seule en mesure de satisfaire les exigences de la Convention de 1930 sur les travaux forcés²⁷³⁰. Le principe selon lequel la désuétude et l'inapplication coutumière d'une règle contraire à ladite Convention ne sont pas susceptibles de répondre aux prescriptions de cet instrument est d'abord établi²⁷³¹. Il est également précisé que l'abrogation de l'autorisation des travaux forcés n'équivaut pas à leur interdiction. Mais au-delà, la Commission a jugé que, pour pleinement se conformer aux exigences de l'article 25 de la Convention de 1931, le Libéria était encore tenu d'édicter une législation incriminant le travail forcé. Enfin, il fut exigé des juridictions pénales du Libéria qu'elles s'engagent à appliquer effectivement cette incrimination²⁷³².

1009. La Cour européenne des droits de l'Homme a également prescrit l'édiction d'actes législatifs au contenu déterminé à certains de ses États parties. Dans un arrêt de 1985, elle a

de Genève du 12 août 1949 qui stipulent que « *Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente convention définies à l'article suivant* ». Citons enfin l'article 3 de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes : « *Les États parties à la présente Convention s'engagent à adopter [...] les mesures législatives nécessaires pour qualifier le délit de disparition forcée des personnes et pour le sanctionner d'une peine appropriée, proportionnelle à son extrême gravité* » : Convention interaméricaine sur la disparition forcée, entrée en vigueur le 9 juin 1995, disponible à l'adresse qui suit : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/toc.htm>.

²⁷³⁰ La Commission estime que « *the Commission finds that implied repeal of earlier legislation inconsistent with the requirements of the Convention was not, and in the nature of the case could not be, a sufficient fulfilment of obligations of this nature* » : Commission d'enquête instituée conformément à l'article 26 du traité constitutif de l'O.I.T., 25 février 1963, *Complaint by the government of Portugal concerning the observance by the Government of Liberia of the forced labour Conventions*, 1930, 25 février 1963, *ILR*, vol. 36, pp. 351-427 § 403 ; Convention (n° 29) sur le travail forcé, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932, disponible sur internet à l'adresse qui suit : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029. Traduction : « La Commission estime que l'abrogation tacite de la législation antérieure non conforme aux exigences de la Convention n'était pas, et eu égard aux faits d'espèce ne pourrait pas être, en mesure de satisfaire des obligations de cette nature ».

²⁷³¹ Commission d'enquête instituée conformément à l'article 26 du traité constitutif de l'O.I.T., 25 février 1963, *Complaint by the Government of Portugal concerning the observance by the Government of Liberia of the forced labour Conventions*, § 412

²⁷³² La Commission explique que « *in providing that "the illegal exaction of forced or compulsory labour shall be punishable as a penal offence", the Convention requires that the penalties for any exaction of labour inconsistent with the requirements thereof shall be really adequate and strictly enforced. There can be no guarantee of this unless the appropriate amendments are made in the law* », *ibid.*, § 415. Traduction : « En stipulant que "les exactions illégales et les travaux forcés doivent être pénalement incriminés", la Convention exige que les peines prévues pour de telles exactions soient adéquates et effectivement infligées. Cela ne peut être garanti autrement que par une modification de l'état du droit ».

par exemple jugé contraire à l'article 8 CEDH l'inexistence, dans l'ordre juridique des Pays-Bas, d'une règle incriminant pénalement les violences sexuelles commises sur les personnes souffrant d'un handicap mental²⁷³³. L'arrêt *Vallianatos contre Grèce* se trouve à la croisée des chemins²⁷³⁴. L'abrogation de la loi instituant le pacte de vie commune serait certes de nature à remédier à la discrimination dont sont victimes les personnes homosexuelles exclues de son champ d'application. Pourtant, la Cour adopte une solution singulièrement volontariste en suggérant au législateur national un comportement déterminé : la dévolution du droit de conclure un pacte de vie commune au bénéfice des couples homosexuels. La Cour indique ainsi à l'État grec les amendements à apporter à sa législation qui seraient de nature à remédier à l'illicéité, l'invitant à « *prévoir certaines dispositions spécifiques concernant les enfants nés hors mariage, tout en étendant la possibilité de conclure un "pacte de vie commune" aux couples de même sexe* »²⁷³⁵. Par ce procédé, la Cour détermine le contenu de la norme à adopter par le législateur grec, de sorte que, selon le juge Pinto de Albuquerque, « *elle joue le rôle d'un "législateur positif" supranational qui intervient directement devant une omission législative censément commise par un État partie* »²⁷³⁶. Aussi, bien que l'annulation de l'acte illicite apparaisse susceptible de répondre aux obligations imposées à l'État grec par la Convention, seule la production d'un acte au contenu déterminé permettrait à la République hellénique de pleinement se conformer à la solution préconisée par la Cour.

1010. Enfin, en condamnant l'absence de règles internes permettant l'attribution de titres de propriété aux indigènes possédant des terres au Nicaragua, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a également considéré qu'une prescription conventionnelle pouvait imposer aux

²⁷³³ La Cour « *estime insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits du type de celui dont Y a été victime. Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine ; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question. Au demeurant, comme le souligne la Commission, en la matière les Pays-Bas ont opté de façon générale pour un système de garantie fondé sur le droit pénal. À la connaissance de la Commission et de la Cour, il présente une seule lacune qui concerne les personnes dans la situation d'Y: pour elles, sa mise en œuvre se heurte à un obstacle de caractère procédural que le législateur néerlandais n'avait apparemment pas prévu* ». En raison de l'inexistence d'une loi permettant à une personne handicapée mentale d'engager des poursuites pénales contre son agresseur, la juridiction de Strasbourg juge que « *compte tenu de la nature du méfait dont il s'agit, [...] elle a été victime d'une violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention* » : Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y contre Pays Bas*, req. n°8978/80, §§ 27 et 30.

²⁷³⁴ Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

²⁷³⁵ Une telle solution permettrait selon la Cour de ne pas compromettre la réalisation de l'objectif principal de la loi en cause, la protection des enfants nés hors mariage : Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

²⁷³⁶ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt, Cour EDH, Gde chbre 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

États l'adoption d'une règle générale au contenu déterminé par sa jurisprudence²⁷³⁷. De nombreuses juridictions internationales exigent donc l'existence dans les ordres juridiques étatiques de règles générales dont elles déterminent le contenu. Or les juridictions de ces États ne sont pas en capacité de provoquer la mise en conformité de l'état du droit interne à ce type de prescriptions.

2) L'incapacité des juridictions internes à provoquer l'édiction d'actes de portée générale

1011. Les juridictions internes ne sont pas en capacité de résoudre ces illicéités générées par la violation des obligations internationales exigeant des autorités normatives internes l'édiction d'une norme au contenu déterminé. L'invocation de ce type d'obligations dans les ordres juridiques français et de l'Union apparaît inutile, en raison de l'emprise limitée du Conseil d'État français et de la Cour de justice sur les initiatives d'édiction de normes par les autorités législatives et réglementaires.

1012. Il est vrai qu'hypothétiquement, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait être appelée à provoquer l'action du législateur à la faveur sur un recours en carence. Mais aucun recours en carence fondé sur la non-exécution d'un accord international liant l'Union européenne n'a à ce jour été examinée au fond par la juridiction de Luxembourg²⁷³⁸. Et les conditions de recevabilité de ce recours sont telles qu'une action de ce type ne peut pas être

²⁷³⁷ L'article 21 de la CIADH garantissant le droit à la propriété privée est violé dès lors qu'après examen de la législation du Nicaragua, la Cour observe que « *there is no effective procedure in Nicaragua for delimitation, demarcation, and titling of indigenous communal land* ». Partant de ce constat elle conclut que « *The Court believes it necessary to make the rights recognized by the Nicaraguan Constitution and legislation effective, in accordance with the American Convention. Therefore, pursuant to article 2 of the American Convention, the State must adopt in its domestic law the necessary legislative, administrative, or other measures to create an effective mechanism for delimitation and titling of the property of the members of the Awas Tingni Mayagna Community* » : Cour IADH, 31 août 2001, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community contre Nicaragua, Merits, Reparations and Costs*, Série C, n°79, §§ 127 et 139. Traduction : « la Cour estime nécessaire que les droits attribués par la Constitution et la législation du Nicaragua soient effectivement garantis, pour se conformer aux exigences de la Convention. Par conséquent, conformément à l'article 2 de la Convention interaméricaine, l'État doit édicter dans son droit interne les actes législatifs, administratifs ou autres nécessaires à la création d'un mécanisme efficace de délimitation et d'attribution des titres de propriétés aux membres de la Communauté Awas Tingni Mayagna ».

²⁷³⁸ La juridiction de l'Union européenne a été saisie d'un tel recours en carence dans une affaire *Muhamad Mugraby*, mais a jugé la requête irrecevable car manifestement mal fondée : TribUE, ordonnance, 6 septembre 2011, *Muhamad Mugraby contre Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, T-292/09, pts. 40-42 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Muhamad Mugraby contre Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, C-581/11 P, pts. 65-73.

engagée aux fins d'obtenir l'édition de règles générales n'atteignant pas directement et individuellement la situation juridique du requérant²⁷³⁹. Le recours en carence n'est pour cette raison pas susceptible de résoudre les illicéités procédant de l'inexistence d'une norme de portée générale requise par une prescription conventionnelle.

1013. De même, en contentieux administratif français, bien qu'une personne privée soit en mesure de contester le défaut d'adoption par l'administration d'une décision individuelle la concernant directement, elle ne peut agir contre l'inaction du législateur ou du pouvoir réglementaire ne se conformant pas à son obligation internationale d'édicter une règle générale. Il apparaît donc que, dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, les personnes privées n'ont pas à leur disposition de voie de droit leur permettant de provoquer l'édition, par le législateur ou l'administration, d'une règle générale au contenu déterminé par une obligation conventionnelle.

1014. En somme, l'invocation du droit conventionnel devant les juridictions internes présente une utilité certaine pour obtenir l'invalidation d'une règle générale contrevenant à ses prescriptions. Elle ne permet en revanche pas de provoquer l'adoption de règles générales se conformant à ses prescriptions. En toute hypothèse, les personnes privées désireuses d'éprouver l'efficacité potentielle de l'office de juridictions françaises et de l'Union européenne pour obtenir la sanction de l'existence d'une règle générale contraire à une obligation internationale se trouvent confrontées aux difficultés d'accéder à leur prétoire.

§ 2. L'accès limité au juge de l'annulation des normes générales internationalement illicites

1015. Les juridictions internes ont été identifiées comme étant les organes investis du pouvoir de garantir le respect par les États de leurs obligations internationales de comportement normatif. Pour garantir la pleine effectivité de cet office, il est d'abord nécessaire d'accorder aux personnes privées le droit de se prévaloir des règles conventionnelles, dotées ou non d'effet direct, en consacrant l'invocabilité d'éviction. Mais, il faut également garantir à ces personnes le droit d'accéder aux juridictions internes afin de

²⁷³⁹ Les conditions de recevabilité du recours en carence sont en effet symétriques à celles qui s'appliquent au recours en annulations. Pour une brève analyse de ces dernières, V. *infra*, cette Section, § 2, A, 1), a).

porter ces normes à leur connaissance²⁷⁴⁰. Or, l'exercice par les juridictions internes du contrôle de la conformité des règles générales aux obligations conventionnelles de comportement normatif exige la démonstration préalable de l'intérêt à agir du requérant. Et les actes de portée générale inexécutés n'ont par essence pas vocation à léser les droits des personnes privées. De sorte que les requêtes tendant à la sanction juridictionnelle de la violation des obligations de comportement normatif se voient souvent opposer une ordonnance d'irrecevabilité. L'encadrement de l'autonomie procédurale de juridictions nationales serait le seul procédé de nature à résoudre cette entrave à la sanction juridictionnelle des illicéités générées par l'existence de règles générales inconventionnelles. Mais le filtre de la recevabilité demeure étroit, dans la mesure où il n'existe pas en droit international de principe général imposant aux juridictions internes d'admettre la recevabilité des actions en contestation de la conventionnalité des règles générales étatiques (A). Cela explique que l'accès au contrôle de la conventionnalité de ce type de règles demeure restreinte dans les ordres juridiques français et de l'union européenne (B).

A. L'accès au contrôle de conventionnalité des règles générales inexécutées non contraint par le droit international

1016. La garantie par les juridictions internationales de la recevabilité des requêtes fondées sur l'existence d'un préjudice juridique, constitué par l'affectation de la légalité internationale²⁷⁴¹, pourrait inciter les juridictions internes à examiner les actions équivalentes portées à leur connaissance. L'examen au fond de ces requêtes par les juridictions internes serait alors susceptible de prévenir l'engagement de la responsabilité internationale de l'État, car il conduirait à priver d'effets juridiques les actes qui sont la cause de l'illicéité

²⁷⁴⁰ André NOLLKAEMPER identifie l'invocabilité et le droit d'accès au juge comme les deux composantes du *standing* des personnes privées demandant l'application par les juridictions nationales des normes internationales : « *A national Court that in principle has jurisdiction and is allowed to apply international law, will only be able to adjudicate international claim if it can, in specific cases, be accessed by persons who are entitled to rely on an international obligation as a basis for their claim or, in other words, have standing* », (*National Courts and the International Rule of Law, op. cit.*, p. 89). Traduction : Une juridiction nationale qui, en principe, est compétente pour appliquer le droit international, ne sera en mesure de se prononcer sur une question portant sur le droit international que si elle peut, dans certaines affaires, être saisie par des personnes qui ont le droit d'invoquer une obligation internationale pour fonder leur réclamation ou, en d'autres termes, ont qualité pour agir ».

²⁷⁴¹ Brigitte STERN, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 3-34.

internationale. Mais tel n'est pas le cas puisque l'intérêt à agir devant les instances internationales demeure encore largement subordonné à la lésion d'un droit du requérant par le comportement étatique contesté. La recevabilité des actions internationales dirigées contre les actes de portée générale se heurtent très souvent à l'absence d'intérêt à agir de ceux qui les engagent, dans la mesure où les requérants étatique²⁷⁴² ou individuel²⁷⁴³ peuvent difficilement établir leur qualité de victime de ces mesures (1). Par conséquent, les juridictions internes ne sont pas incitées à libéraliser les conditions d'accès au contrôle de conventionnalité de ce type d'acte, car la sanction internationale de leur inconvictionnalité reste exceptionnelle. En outre, l'autonomie procédurale des États n'est pas encadrée par des normes secondaires internationales imposant de garantir aux personnes privées l'accès au contrôle de conventionnalité du droit interne (2). Aucune contrainte internationale, de nature factuelle ou normative, n'est donc susceptible d'obliger les juridictions internes à examiner les requêtes alléguant la violation du droit conventionnel par des règles générales internes.

1) L'accès aux juridictions internationales subordonné à l'affectation de la situation juridique des personnes privées

1017. Que le requérant soit étatique ou individuel, l'accès aux juridictions internationales est par principe soumis à la vérification préalable de la lésion d'un droit, ce qui complexifie la contestation des règles générales inconvictionnelles (a). Les juridictions internationales de protection des droits de l'Homme ont néanmoins admis avec un certain libéralisme la satisfaction de cette condition de recevabilité dans le cadre de la théorie de la victime potentielle, en considérant qu'une règle générale non concrétisée peut parfois affecter par elle-même certaines situations juridiques individuelles (b). En outre, les États peuvent convenir par voie conventionnelle de leur qualité pour agir devant une juridiction internationale pour contester la conformité à un accord international d'une législation édictée par l'une de ses parties contractantes, alors même que celle-ci ne les atteint pas dans leurs droits (c).

²⁷⁴² L'article 42 du projet définitif d'articles sur le droit de la responsabilité internationale réserve à l'« État lésé » le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, (James CRAWFORD, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État », *op. cit.*, p. 306).

²⁷⁴³ Cour EDH, plénière, arrêt (satisfaction équitable), 10 mars 1972, *De Wilde, Ooms et Versyp* (« *Vagabondage* ») contre Belgique, req. n^{os}2832/66, 2835/66 et 2899/66, § 23.

a) *Identification du principe de subordination de l'accès à la juridiction internationale à la lésion d'un droit*

1018. La règle selon laquelle seul le titulaire d'un droit prétendument lésé a qualité pour se prévaloir de sa violation devant une juridiction internationale est un « *principe général du droit du contentieux international* »²⁷⁴⁴. Il s'applique aussi bien aux actions initiées par des États que par des individus devant des instances internationales.

1019. Concernant les actions en protection diplomatique, il suffit de se référer à la jurisprudence classique *Barcelona Traction* pour vérifier la subordination de la recevabilité des actions étatiques à la lésion de leurs droits. En effet, la Cour internationale de justice a considéré à son occasion qu'un État pouvait être jugé recevable à agir lorsque le droit subjectif de l'un de ses ressortissants était violé²⁷⁴⁵. L'affectation du droit subjectif d'une personne privée lèse par ricochet le droit de son État de nationalité. Par suite, il fut établi que « *le Gouvernement belge aurait qualité pour introduire une réclamation s'il pouvait établir qu'un de ses droits a été lésé et que les actes incriminés ont entraîné la violation d'une obligation internationale née d'un traité ou d'une règle générale de droit* »²⁷⁴⁶. Et la Cour internationale de Justice s'est appuyée sur cette exigence pour écarter la recevabilité de l'action en protection diplomatique initiée par la Belgique afin de défendre les actionnaires belges de la société *Barcelona Traction*, au motif que seule cette entreprise est titulaire d'un droit lésé par sa mise en faillite par la justice espagnole²⁷⁴⁷. La lésion d'un droit subordonne donc la possibilité pour l'État d'exercer la protection diplomatique de ses ressortissants ayant souffert d'un acte supposément illicite.

1020. Le principe de la subordination de la recevabilité de l'action étatique à la lésion de son droit a été codifié dans le projet d'Articles sur la responsabilité internationale des États. En

²⁷⁴⁴ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 216 ; CIJ, 18 juillet 1966, *Affaires du Sud-Ouest africain (2^{ème} phase), Ethiopie contre Afrique du Sud et Liberia contre Afrique du Sud*, préc., § 88.

²⁷⁴⁵ CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962), Belgique contre Espagne*, préc., § 44, cité en introduction de Section.

²⁷⁴⁶ *Ibid.*, § 86.

²⁷⁴⁷ Jean-Victor LOUIS a mis en évidence comment cette solution n'est pas inconciliable avec les exigences de l'équité, bien qu'elle écarte la possibilité de défendre les créanciers de la personne morale victime du comportement internationalement illicite. Il observe ainsi que cette impossibilité puise sa justification dans « *la conception selon laquelle les risques courus par les actionnaires, sont des contreparties des avantages recherchés lors de la fondation d'une société à l'étranger* », (« Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. L'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962)*, Belgique contre Espagne. Deuxième phase : l'arrêt du 5 février 1970 de la Cour internationale de justice », *R.B.D.I.*, 1971, pp. 347-369 (352)).

effet, l'article 42 des Articles sur le droit de la responsabilité fait appel à la notion d'« *État lésé* » pour identifier celui qui est titulaire d'un intérêt subjectif à agir. Un État peut prétendre à cette qualification lorsque son « *droit a été nié ou compromis par le fait internationalement illicite, ou [...] a été, d'une autre manière, particulièrement affecté par ce fait* »²⁷⁴⁸. L'article 42 exige donc de l'État qu'il justifie d'un de ses droits pour être recevable à agir.

1021. Concernant les recours formés par les personnes privées devant les instances internationales, leur recevabilité n'est admise qu'à la condition que la qualité de victime leur soit reconnue par la juridiction saisie. Cette qualité est attribuée à « *la partie lésée* » dans ses droits qui s'avère « *directement concernée par l'acte ou omission litigieux* »²⁷⁴⁹.

1022. La recevabilité des actions formées devant les juridictions internationales contre des règles générales adoptées en violation d'obligations internationales se trouve donc entravée par l'exigence du droit lésé. Si bien que les juridictions internes ne sont alors pas incitées par une pression jurisprudentielle internationale – qui rendrait plausible la perspective d'une condamnation de l'État – à libéraliser les conditions d'accès au contrôle de conventionnalité des actes de portée générale. Certaines juridictions internationales ont toutefois su surmonter cette barrière à la sauvegarde de l'intégrité de la règle de droit international en admettant libéralement la lésion du droit du requérant²⁷⁵⁰.

b) Cas d'admission souple de l'existence de la lésion d'un droit

1023. Pour être recevables à agir, les personnes privées désireuses d'obtenir la sanction de la violation d'une obligation internationale prescrite par une convention internationale de

²⁷⁴⁸ James CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 305.

²⁷⁴⁹ Cour EDH, (plénière), arrêt (satisfaction équitable), 10 mars 1972, *De Wilde, Ooms et Versyp* (« *Vagabondage* ») contre Belgique, préc., § 23 ; dans le même sens, le Comité des droits de l'Homme a jugé que « [t]oute personne qui se prétend victime d'une violation d'un droit protégé par le Pacte doit démontrer soit qu'un État partie a, par action ou par omission, déjà porté atteinte à l'exercice de son droit, soit qu'une telle atteinte est imminente » : CDH, 30 octobre 2008, *Raymond-Jacq Picq contre France*, CCPR/CONTRE94/D/1632/2007, disponible sur internet : http://www.cccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/11/1632-2007-France_fr.pdf, pt. 6.3.

²⁷⁵⁰ Pour une analyse critique de ces principes, voir les observations de Francis A. MANN qui déplore la pérennisation des faits internationalement illicites dont l'existence est avérée, mais dont les sujets de droit international concernés par ces faits qui ne les affectent pas dans leurs droits, ne peuvent pas appeler les juridictions à sanctionner l'illicéité, (« The consequences of international wrong in international and national law », *Brit. Yearb. Int'l law*, 1976, pp. 1-65 (14)) ; V. également Brigitte STERN, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », préc.

protection des droits de l'Homme doivent établir qu'ils sont "victimes" du comportement étatique inconstitutionnel. Certains développements de la jurisprudence des instances internationales de protection des droits de l'Homme témoignent de leur volonté d'admettre aisément la lésion de la situation juridique des requérants prétendument lésés dans leurs droits. Ce libéralisme trouve son illustration la plus fameuse dans le développement de la notion de victime potentielle.

1024. L'émergence de la catégorie des victimes potentielles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a été permise par la volonté de la juridiction de Strasbourg de définir la notion générale de victime « *de façon autonome indépendamment des notions internes d'intérêt ou de qualité pour agir* »²⁷⁵¹. Le Comité des droits de l'Homme a par la suite intégré cette nouvelle catégorie de victime dans sa jurisprudence²⁷⁵². On est en présence d'une victime potentielle lorsqu'« *un individu peut affirmer qu'une loi viole ses droits en l'absence de toute mesure spécifique d'exécution à son égard, s'il existe un risque réel qu'il soit touché par ladite loi* »²⁷⁵³. Il convient de présenter deux hypothèses dans lesquelles certaines juridictions internationales considèrent que certaines personnes privées sont directement touchées par une loi non concrétisée.

1025. Concernant la première catégorie de victimes potentielles, « *le juge constate qu'une personne est victime d'une mesure immatérielle (le plus souvent une règle qui lui est applicable, même si elle ne lui a pas encore été appliquée) qui, par son existence, tend à diriger les comportements dans un domaine où le traité impose l'absence de pressions* »²⁷⁵⁴. Cette catégorie de victime potentielle a notamment servi à juger recevable les actions, précédemment examinées, formées par des personnes homosexuelles lésées dans leur droit à la vie privée en raison de l'incrimination des actes homosexuels²⁷⁵⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité des droits de l'Homme se sont dans ce cadre attachés à préciser que la victime potentielle est personnellement affectée dans ses droits par la règle générale, car la menace que fait peser sur lui la crainte de la sanction qu'elle prescrit

²⁷⁵¹ V. par exemple, Cour EDH, 15 octobre 2009, *Micallef contre Malte*, req. n°17056/06, § 48.

²⁷⁵² CDH, 31 mars 1994, *Toonen contre Australie*, préc., § 5.1

²⁷⁵³ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt, Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

²⁷⁵⁴ Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Monchrestien, 2005, p. 231

²⁷⁵⁵ V. la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'incrimination des relations intimes homosexuelles : Cour EDH, plénière, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, préc., § 41 ; Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos contre Chypre*, préc., §§ 20, 23 ; Cour EDH, plénière, 26 octobre 1988, *Norris contre Irlande*, préc., § 33 ; et la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies : CDH, 31 mars 1994, *Toonen contre Australie*, préc., § 5.1

détermine son comportement là où la Convention ou le Pacte l'interdisent²⁷⁵⁶. Pour cette raison, Carlo Santulli a expliqué que cette théorie « servait à établir que la simple existence d'une règle nationale pouvait constituer une violation de la Convention. Point n'est nécessaire dans certains cas d'attendre sa mise en œuvre, ou de prouver qu'elle avait été appliquée aux dépens de celui qui la conteste : la violation étant consommée, elle avait déjà fait des victimes pouvant agir au titre de la règle nationale. Il en va ainsi lorsque la Convention interdit certaines pressions sur la vie privée ou sur l'élaboration des décisions juridictionnelles »²⁷⁵⁷. C'est alors le simple risque d'être affecté par une mesure d'application de l'acte contesté²⁷⁵⁸, autant que la pression générée par cette perspective, qui permet au requérant de se prétendre directement lésé dans l'un de ses droits²⁷⁵⁹. Concernant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Éric Wyler a relevé que, dans les différentes déclinaisons de la jurisprudence *Dudgeon*, « [l]a qualité de "victime" au sens de l'article 25 fut accordée au requérant en l'absence de toute mesure d'application de la loi en cause, parce qu'on jugea que celle-ci déployait déjà des effets directement sur lui, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'attendre une exécution individualisant ces effets pour établir un lien entre le requérant et la législation attaquée »²⁷⁶⁰.

²⁷⁵⁶ Le juge Pinto DE ALBUQUERQUE relève que la première catégorie de personnes à risque correspond à « celles qui doivent modifier leur conduite sous peine de poursuite pénales » : Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt, Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

²⁷⁵⁷ Carlo SANTULLI, « Observations et proposition sur l'extension de la conception de victime d'une violation des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1371-1383 (1377) ; Pierre-François LAVAL précise l'élargissement des conditions d'accès aux juridictions internationales qui ont été nécessaires à l'examen de la licéité internationale des règles générales : « [l]a solution consistant à voir dans l'adoption de la législation nationale le fait à l'origine de la violation des droits aurait d'ailleurs tendance à être retenue de plus en plus fréquemment par les juridictions chargées de la protection des droits de l'homme, compte tenu de l'élargissement contemporain de la notion de "victime". Aux termes d'une jurisprudence amorcée par la Cour européenne des droits de l'homme, est nanti d'un intérêt à agir celui qui se trouve sous le coup de l'application d'une réglementation nationale dont la simple existence fait planer une "menace" à ce point attentatoire à ses libertés individuelles qu'elle doit être assimilée à une véritable ingérence », (*La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, op. cit., p. 406).

²⁷⁵⁸ Dans l'affaire *Norris contre Irlande*, la Cour européenne considère en effet que même si la législation incriminant les actes homosexuels n'est pas effectivement appliquée par les juridictions irlandaises, le simple risque d'un « changement de politique » relatif à l'application de l'incrimination prohibant les actes homosexuels exposerait les individus à « subir directement les effets de la législation attaquée » : Cour EDH, plénière, 26 octobre 1988, *Norris contre Irlande*, préc., § 33.

²⁷⁵⁹ Pierre-François LAVAL relève ainsi que juger recevable la requête d'une victime potentielle n'équivaut pas à « dire toutefois que les particuliers seraient recevables à agir sans avoir même subi le moindre préjudice ; par la pression qu'elle exerce, la législation nationale serait effectivement susceptible d'affecter la façon dont le sujet a été conduit à exercer ses droits », (*La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, op. cit., p. 407).

²⁷⁶⁰ Eric WYLER, « Victime 'actuelle' et victime 'virtuelle' d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.S.D.I.E.*, 1993, pp.

1026. Une seconde catégorie de victimes potentielles, spécifique à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, a été créée pour connaître des recours formés par les personnes exclues du champ d'application d'une règle générale créatrice de droit, en raison de leur appartenance à un groupe. Celles-ci sont personnellement lésées dans leur droit à ne pas subir de traitement discriminatoire. Le principe de la recevabilité d'une requête formée par une personne membre d'un groupe exclu du champ d'application d'une règle générale créatrice de droit a été consacré dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*²⁷⁶¹. En l'espèce une enfant née hors mariage était jugée recevable à agir contre une loi qui ne conférait pas à un groupe de personnes unies par une caractéristique identifiable – les enfants nés hors mariage – le bénéfice des droits successoraux accordée par le Code civil belge à un autre groupe de personnes : les enfants légitimes²⁷⁶². Plus récemment, dans l'affaire *Vallianatos contre Grèce*²⁷⁶³, la juridiction de Strasbourg a considéré que les requérants « *étaient directement concernés par la situation et ont un intérêt personnel légitime à ce qu'il y soit mis fin* »²⁷⁶⁴, car ils étaient exclus, en raison de leur homosexualité, du champ d'application de la loi sur le pacte de vie commune. Là encore, les personnes homosexuelles se sont vues attribuer la qualité de victime et ont été jugées recevables à agir, car elles étaient exclues du champ d'application *ratione personae* d'une règle générale dévolutive de droit²⁷⁶⁵.

1027. Autrement dit, une règle générale peut affecter la situation juridique des personnes privées qui sont *ipso jure* titulaires d'un intérêt à agir pour réclamer l'engagement de la responsabilité internationale de l'État qui en est l'auteur. Par ailleurs, l'accès des États aux instances internationales peut en certaines circonstances être accepté en l'absence de droit lésés lorsque les parties contractantes à un traité ont conventionnellement prévu leur qualité pour agir pour contester toute violation des obligations qu'il prescrit.

3-38 (15) ; V. également, Eric WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1995, p. 154.

²⁷⁶¹ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, req. n°6833/74, § 27.

²⁷⁶² Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, § 48.

²⁷⁶³ Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

²⁷⁶⁴ Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc., § 49.

²⁷⁶⁵ Il convient de noter que la Cour ne qualifie pas explicitement les requérants de victimes potentielles dans cette affaire, préférant les désigner comme des victimes indirectes de la législation en cause. Le juge Pinto DE ALBUQUERQUE a cependant démontré que la similitude des allégations des requérants dans les affaires *Vallianatos* et *Marckx* permet de conclure que M. Vallianatos entre dans la catégorie de victimes potentielles, créée à la faveur de l'arrêt *Marckx*, qui intègre les personnes « *qui appartiennent à une classe de personnes qui risquent d'être directement affectées par la législation* » : Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt, Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc.

c) Cas de dispense de la vérification de la lésion d'un droit

1028. Les États parties à un traité peuvent convenir de soumettre la recevabilité des actions qui permettent d'obtenir la sanction juridictionnelle de la violation des stipulations qui le composent à des conditions de recevabilité plus souples que celles définies par l'article 42 des Articles sur le droit de la responsabilité de l'État. Ils peuvent en effet instaurer en la matière une *lex specialis* assouplissant les conditions qui encadrent leur accès à la juridiction internationale compétente pour condamner sa méconnaissance. L'affaire du *Vapeur Wimbledon*²⁷⁶⁶ fournit une illustration du recours à ce procédé. Les parties contractantes au Traité de Versailles avaient convenu, en son article 386, alinéa 1, qu'« [a]u cas de violation des dispositions des articles 380 à 386, ou en cas de désaccord sur l'interprétation de ces articles, toute Puissance intéressée pourra faire appel à la juridiction instituée dans ce but par la Société des Nations ». Parmi les quatre États qui avaient invoqué la responsabilité internationale de l'Allemagne, en raison du refus par ses autorités de garantir le libre accès au Canal de Kiel, figurait le Japon, qui ne disposait pas de flotte dans cette Région, et « n'avait aucun intérêt particulier »²⁷⁶⁷ dans cette affaire. Or la Cour permanente de Justice internationale a pourtant considéré que « la recevabilité de la demande, telle qu'elle a été formulée dans la requête introductive d'instance, ne peut faire doute. Il suffit d'observer en l'espèce que chacune des Puissances demanderesse a un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le Canal de Kiel puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon ; elles rentrent donc, sans qu'il soit besoin pour elles de justifier d'un intérêt pécuniaire lésé, dans les prévisions »²⁷⁶⁸ de la clause compromissaire susmentionnée. Il reste donc loisible aux États de libéraliser, par voie conventionnelle, les règles régissant leur accès aux juridictions compétentes pour statuer sur le respect des engagements internationaux qui les lient.

1029. Les États parties à la Convention européenne des droits de l'Homme ont également procédé de la sorte en instaurant à leur bénéfice une *actio popularis* leur offrant un droit d'agir en qualité d'agent de la légalité de cet ordre juridique. L'article 33 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme stipule ainsi que « toute Haute Partie

²⁷⁶⁶ CPJI, 17 août, 1923, *Vapeur Wimbledon, Royaume-Uni, France, Italie, Japon contre Allemagne*, Rec. CPJI, Série A, p. 14.

²⁷⁶⁷ James CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, op. cit., p. 306.

²⁷⁶⁸ CPJI, 17 août, 1923, *Vapeur Wimbledon, Royaume-Uni, France, Italie, Japon contre Allemagne*, préc., p. 20.

Contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie Contractante ». Au contraire des personnes privées qui agissent en défense de leurs intérêts subjectifs, les États parties à la Convention sont ainsi en capacité d'agir dans la seule perspective de contraindre toute autre Partie Contractante à mettre son droit en conformité avec les obligations que la Convention lui impose. En d'autres termes, cette capacité processuelle permet non pas la protection des droits des États parties, mais la garantie de l'ordre public européen des droits fondamentaux²⁷⁶⁹. La diffusion de ces *lex specialis*, qui instaurent un accès privilégié aux juridictions internationales, car dissocié de la titularité d'un droit lésé, pourrait inciter les juridictions internes à admettre plus aisément la recevabilité des actions portées à leur connaissance, afin de sanctionner la violation des obligations conventionnelles de l'État.

1030. Il n'en reste pas moins que l'engagement de la responsabilité internationale reste par principe ancré dans l'exigence de la violation du droit subjectif du sujet de droit international. Si bien que les États ne se trouvent pas contraints d'imposer à leurs organes juridictionnels de juger recevables les actions tendant à sanctionner l'inconventionnalité des règles générales internes qui n'affectent pas la situation juridique des personnes privées. Par ailleurs, le droit international n'encadre pas les règles procédurales nationales qui régissent les conditions d'accès aux juridictions étatiques appliquant les normes internationales. Au contraire du droit de l'Union européenne²⁷⁷⁰, le droit international ne garantit pas l'effectivité de l'application juridictionnelle interne des normes qui le composent.

²⁷⁶⁹ La Commission européenne des droits de l'Homme a jugé dans une affaire *Autriche contre Italie* qu'« [u]n État Contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24 [actuel article 33], ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe » : Commission EDH, 11 janvier 1961, *Autriche contre Italie*, req. n°788/60, (*Ann. CEDH*, vol. 4, 1961, p. 139) ; à propos de la notion d'ordre public européen, V. Cour EDH, Gde chbre, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, *Loizidou contre Turquie*, req. n°15318/89.

²⁷⁷⁰ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, préc.

2) L'absence d'encadrement de l'autonomie procédurale des juridictions étatiques appelées à appliquer le droit international

1031. Il existe une tension entre, d'un côté, l'obligation pesant sur les États de se conformer à leurs obligations internationales et, de l'autre, la liberté dont ces États jouissent de s'appuyer sur leur droit interne pour déterminer les conditions procédurales d'accès à leurs organes juridictionnels appelés à appliquer ces obligations internationales. Cette autonomie des États n'est pas encadrée par des normes secondaires internationales leur imposant de permettre la contestation en justice de la violation de ces prescriptions primaires. Elle est en cela susceptible d'entraver le respect des règles primaires internationales.

1032. Certains systèmes juridiques extranationaux ont toutefois créé des normes procédurales en mesure de garantir l'efficacité de la protection juridictionnelle des règles qui le composent. Le droit de l'Union européenne a par exemple créé le principe d'effectivité qui encadre les règles procédurales nationales qui régissent les recours en justice devant les juridictions des États membres, de manière à ne pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union²⁷⁷¹. Le droit à la protection juridictionnelle effective et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux imposent quant à eux de mettre à disposition des sujets de droit de l'Union des voies de droit leur permettant de provoquer la sanction des violations des règles unionnaires commises par les institutions de l'Union et les États membres²⁷⁷². Cet encadrement de l'autonomie procédurale

²⁷⁷¹ V. Josse MERTENS DE WILMAR, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », préc. ; CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, préc., pt. 5 ; CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien contre SpA San Giorgio*, préc., pt. 12 ; CJCE, 10 juillet 1997, *Osalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, préc., pt. 43.

²⁷⁷² Sacha PRECHAL et Rob WIDDERSHOVEN notent ainsi que « *the principle* [of judicial effective protection] *applies both to judicial protection in the Member States and at the EU level as such, notably before the EU Courts. In accordance with its general nature the principle has been extended to the protection for individuals and, where appropriate, even to the protection for Member States against European Institutions. Last but not least, in the context of the litigation on the restrictive standing rules for individuals under Article 230 (4) (now the amended Article 263 (4) TFEU), the principle of effective judicial protection was one of the central argument used in favour of a more lenient interpretation of Article 230 (4)* », (« Redefining the Relationship between « Rewe-effectiveness and Effective Judicial Protection », *Rev. E.A.L.*, 2011, p. 31-50 (35)). Traduction: « le principe [de la protection juridictionnelle effective] s'applique aussi bien à la protection juridictionnelle devant les juridictions des États membres que devant les instances de l'Union, et notamment devant les juridictions de l'Union. En vertu de son caractère général, ce principe a été jugé applicable à la protection des individus et, quand cela est approprié, à la protection des États membres. Enfin et surtout, concernant les conditions restrictives d'accès à la Cour posées par l'article 263 (4) TFUE, le principe de protection juridictionnelle effective était un des arguments principaux en faveur d'une interprétation souple de cet article ». V. également,

peut contraindre un État membre à offrir aux justiciables une voie de droit permettant de contester directement la régularité d'un acte législatif qui méconnaît le droit de l'Union, indépendamment de toute mesure d'exécution²⁷⁷³. L'encadrement de l'autonomie procédurale des États n'est pas inconnu du droit international, mais n'est pas mesure de leur imposer une telle obligation.

1033. Les articles 6, paragraphe 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme régissent les conditions procédurales d'application des droits garantis par la Convention par les juridictions nationales des États parties. Le premier consacre depuis l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni* le droit à un tribunal qui garantit un accès concret et effectif à une instance juridictionnelle²⁷⁷⁴. Le second exige que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ». La Pacte international des droits civils et politiques comporte un énoncé identique en son article 2, paragraphe 3. Mais, à la différence du Comité des droits de l'Homme, qui considère que « seule une violation établie d'un droit reconnu dans le Pacte ouvre droit à un recours »²⁷⁷⁵, la Cour européenne des droits de l'Homme juge qu'un requérant peut se prévaloir de l'article 13 sans avoir préalablement établi la violation de l'un de ses droits garantis par la Convention²⁷⁷⁶.

Eleftheria NEFRAMI, « Quelques réflexions sur l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE et l'obligation de l'État membre d'assurer la protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », in *La Constitution, l'Europe et le droit : Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, pp. 805-816 (809-810) ; Fabrice PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, *op. cit.*, p. 908.

²⁷⁷³ Dans son arrêt préjudiciel *Boxus*, la Cour de justice a invité les juridictions nationales belges à laisser inappliquée une législation autorisant la réalisation d'un projet à incidence environnementale. Elle indique que cette loi avait été adoptée sans consultation du public concerné, en violation des prescriptions de la directive 85/337 et de la Convention d'Aarhus, privant leurs prescriptions de leur effectivité. Les juridictions ordinaires et constitutionnelles belges n'ont pas compétence pour examiner un recours contestant directement la conformité d'une loi à une norme extranationale. De sorte que la Cour contraint la Belgique à créer un recours individuel direct contre les lois adoptées en méconnaissance du droit de l'Union : CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.

²⁷⁷⁴ La Cour explique qu'elle « ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès », et en induit que « le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 » : Cour EDH, plénière, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, préc., §§ 35-36.

²⁷⁷⁵ CDH, 26 mars 1990, *S.E. contre Argentine*, n°275/1988, A/45/40, vol. II, p. 179. On note ici une confusion du traitement des questions de recevabilité et de fond. En effet, exiger la violation d'un droit reconnu par le Pacte pour que la requête soit jugée recevable revient à apprécier au stade de la recevabilité une question qui déterminera la solution rendue au fond par le Comité.

²⁷⁷⁶ La juridiction de Strasbourg estime que « l'article 13 (art. 13) peut entrer en jeu même sans violation d'une autre clause - dite "normative" - de la Convention [...] ». Il garantit l'existence en droit interne d'un recours

1034. Le droit procédural des États membres se trouve donc encadré par la jurisprudence de la Cour, afin qu'il ne puisse pas rendre excessivement difficile l'exercice d'actions portant sur la violation de droits et libertés protégés par la Convention. Mais il reste que l'article 13 n'exige pas l'existence d'une voie de droit permettant de dénoncer « *la violation des prescriptions de la Convention par une loi en tant que telle* »²⁷⁷⁷. La jurisprudence de la Cour ne condamne pas les systèmes contentieux qui, tels ceux existant dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, ne permettent pas l'allégation de la violation d'une prescription conventionnelle par un acte législatif inexécuté²⁷⁷⁸.

1035. Ces exemples démontrent que le droit international peut potentiellement exercer une emprise sur les conditions d'accès au juge de la conventionnalité du droit interne. Mais ces normes conventionnelles processuelles restent rares et, quand elles existent, tolèrent les systèmes contentieux qui excluent l'examen de la conformité des lois inexécutées aux obligations internationales de l'État²⁷⁷⁹. Cela explique la persistance de règles procédurales nationales qui constituent un obstacle à la sanction juridictionnelle interne des illicéités internationales et, par voie de conséquence, à la prévention de l'engagement de la responsabilité internationale des États²⁷⁸⁰.

permettant de s'y prévaloir - et donc de dénoncer le non-respect - des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés » : Cour EDH, 27 avril 1988, *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*, req. n°9659/82, 9658/82, § 52.

²⁷⁷⁷ Cour EDH, 21 février 1986, *James et autres contre Royaume-Uni*, req. n°8793/79, § 85 ; Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis contre Royaume-Uni*, req. n°36042/97, § 62.

²⁷⁷⁸ V. *supra*, ce Paragraphe, A, 2.

²⁷⁷⁹ Cour EDH, 21 février 1986, *James et autres contre Royaume-Uni*, préc., § 85 ; Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis contre Royaume-Uni*, préc., § 62. Seul l'article 9 de la Convention d'Aarhus semble susceptible d'apporter une exception à ce principe. L'article 9 de la Convention d'Aarhus oblige les États parties à mettre à disposition des personnes concernés par un projet ayant une incidence environnementale une action en justice permettant de vérifier que les droits substantiels qui leur sont conférés par cet instrument – l'information (Articles 4 et 5 de la Convention d'Aarhus) et la participation (Articles 6, 7 et 8 de la Convention d'Aarhus) à son processus d'élaboration – ont bien été respectés au cours de la procédure ayant abouti à son autorisation. L'interprétation de cette stipulation délivrée par la Cour de justice lors de l'arrêt *Boxus* a contraint la Belgique à permettre aux personnes habitant aux alentours de l'aéroport Charleroi de contester la loi ayant autorisé son réaménagement sur le fondement de la Convention d'Aarhus. L'article 9 de la Convention d'Aarhus, combiné avec les exigences du principe d'effectivité du droit de l'Union, impose donc à un État de créer une voie de droit permettant de contester la conventionnalité d'une règle générale : CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua contre Région Wallonne*, préc.

²⁷⁸⁰ André NOLLKAEMPER écrit à ce propos que « *the general principle of supremacy as contained in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is qualified by the liberty of States to apply national procedural law, even in particular cases that would limit the power of national organs to give effect to an international obligation* », (*National Courts and the International Rule of Law, op. cit.*, p. 86). Traduction : « le principe général de primauté consacré à l'article 26 de la Convention de Vienne est nuancé par la liberté des États d'appliquer leur droit procédural national, y compris dans les affaires dans lesquelles cela réduit le pouvoir confié aux organes juridictionnels de donner effet au droit international ».

B. L'accès au contrôle de conventionnalité des règles générales inexécutées non garanti par les juridictions internes

1036. Les actes normatifs de portée générale non immédiatement applicables aux situations juridiques individuelles sont difficilement attaquables devant les juridictions internes. L'intérêt à agir des personnes privées est délicat à établir lorsqu'elles contestent ces règles, dans la mesure où elles appellent des actes de concrétisation pour atteindre leurs droits. Ces personnes peuvent ainsi se trouver dans l'incapacité de provoquer la dissolution du fait internationalement illicite constitué par l'existence d'un acte juridique non immédiatement applicable²⁷⁸¹. Si elle venait à être consacrée, l'invocabilité d'exclusion serait à elle-seule insuffisante pour provoquer la cessation de ce type d'illicéité qui ne peut être portée à la connaissance des juridictions internes. La nature de l'acte de portée générale in conventionnel peut influencer sur les filtres opposés à l'examen de sa validité. Aussi convient-il de distinguer les cas où la violation de l'obligation internationale est constituée par l'existence d'un acte réglementaire, de ceux où elle procède de l'existence d'un acte législatif.

1037. D'une part, la juridiction de l'Union est fermée aux recours directement formés contre les actes réglementaires inexécutés, tandis que le Conseil d'État français accepte d'en prendre connaissance (1). Le positionnement de la juridiction française apparaît en cela plus favorable à la cessation de l'illicéité générée par l'existence d'un acte réglementaire contraire à une prescription conventionnelle. D'autre part, les deux juridictions jugent irrecevables les actions contestant directement la conventionnalité des actes législatifs inexécutés (2). La seule voie de droit permettant aux justiciables de contester la conventionnalité de ces lois est l'exception d'illégalité, ce qui empêche de dissoudre l'illicéité internationale dérivant de leur existence tant qu'elles n'ont pas été exécutées (3).

²⁷⁸¹ Pour une présentation des illicéités constituées par la seule existence d'une règle de portée générale in conventionnelle, V. *supra*, cette Section, § 1, A, 1).

1) Les conditions d'accès au contrôle de conventionnalité des actes administratifs non immédiatement applicables et inexécutés

1038. Une juridiction interne appelée à connaître de la violation d'une obligation conventionnelle internationale par un acte administratif de portée générale peut exiger l'établissement préalable de l'affectation de la situation juridique du réclamant. Le juge administratif a opéré le choix d'ouvrir l'accès au contrôle de la conventionnalité des actes administratifs non *self-executing*, (b) tandis que la Cour de justice continue de s'y refuser (a). Ce choix détermine la possibilité pour les justiciables d'obtenir la sanction de l'inconventionnalité de ces actes administratifs et, *ipso jure*, de provoquer la cessation de l'illicéité internationale qui en dérive.

a) *L'impossibilité de contester directement les actes réglementaires non self-executing devant la Cour de justice*

1039. La Cour de justice exige que l'affectation de la situation juridique du requérant soit établie pour connaître d'un recours en annulation formé par une personne privée, tandis qu'un simple grief factuel – matériel ou moral – garantit la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État français²⁷⁸². Partant de ce constat, il apparaît que la contestation directe de la conventionnalité des actes de portée générale non créateurs de droit est plus aisément recevable devant le Conseil d'État français que devant la Cour de justice. L'introduction de la clause *Jégo-Quéré* n'a pas permis d'étendre l'attaquabilité des actes de portée générale à ceux d'entre eux qui ne sont pas *self-executing*. La recevabilité des recours en annulation n'est admise qu'à l'encontre des « *actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* »²⁷⁸³. C'est ainsi que seuls les actes réglementaires *self-executing*, qui n'appellent pas d'actes de concrétisation pour atteindre la situation juridique des personnes privées, peuvent être directement contestés devant la juridiction de Luxembourg. L'exigence de l'applicabilité immédiate aux situations juridiques individuelles de l'acte de portée générale dont la légalité est querellée se fonde dans

²⁷⁸² V. *supra*, partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

²⁷⁸³ Article 263, alinéa 4 du TFUE. Nous soulignons.

une jurisprudence par laquelle la Cour impose avec constance depuis 1963²⁷⁸⁴ qu'un « *lien de droit* »²⁷⁸⁵ soit établi entre le justiciable et l'acte attaqué, pour qu'un recours en annulation soit jugé recevable.

1040. Les personnes privées ne sont donc pas en mesure de provoquer la dissolution d'une illicéité internationale qui trouve sa source dans l'inconventionnalité d'un acte de portée générale non *self-executing* en contestant directement sa validité devant le Tribunal de l'Union européenne. La contestation de la conventionnalité de cet acte ne sera possible que par voie incidente, ce qui permet la pérennisation du fait internationalement illicite lorsque l'acte qui le cause n'est pas mis en application par les organes investis du pouvoir de le concrétiser.

1041. Les conditions de recevabilité du recours en carence sont aussi restrictives que celles du recours en annulation. Les personnes privées ne peuvent en effet inviter le Tribunal à condamner le manquement d'une institution de l'Union à son obligation d'édicter un acte que dans l'hypothèse où celui-ci l'aurait concerné directement et individuellement²⁷⁸⁶. La juridiction de l'Union ne peut en conséquence mettre un terme à l'illicéité internationale procédant du défaut d'édiction d'une norme de portée générale au contenu déterminé.

²⁷⁸⁴ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co contre Commission européenne*, préc.

²⁷⁸⁵ Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, *op. cit.*, p. 518.

²⁷⁸⁶ Melchior WATHELET indique que « *la Cour a considéré que vu les liens entre le recours en annulation et le recours en carence, parlant des articles 230 et 232 TCE [devenus les art. 263 et 264 TFUE] comme "deux dispositions formant l'expression d'une seule et même voie de droit", elle appliquerait en parallèle les conditions de recevabilité des recours en annulation et des recours en carence introduits par les particuliers* ». L'auteur fait ici référence au principe dégagé à la faveur de l'arrêt *Chevalley* (CJCE, 18 novembre 1970, 15/70, *Rec.* p. 975, pt. 6) qui oriente depuis les conditions de recevabilité du recours en carence. En conséquence, l'article 265, alinéa 3 TFUE doit être lu comme permettant aux particuliers de « *faire grief à l'une des institutions de l'Union d'avoir manqué soit de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis ; soit d'avoir pris un acte qui l'aurait concerné directement et individuellement ; soit d'avoir pris un acte réglementaire qui l'aurait concerné directement, sans comporter de mesure d'exécution* », (*Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 252). Force est de constater que l'hypothèse dans laquelle les institutions n'édicteraient pas un acte réglementaire non *self-executing* dont l'adoption serait prescrite par une obligation conventionnelle n'entre dans aucune de ces catégories.

b) La possibilité de contester directement les actes de portée générale non self-executing devant le Conseil d'État français

1042. La recevabilité du recours pour excès de pouvoir n'est subordonnée qu'à la vérification d'un intérêt matériel à obtenir l'annulation de l'acte attaqué²⁷⁸⁷. Paul Cassia a mis en évidence le caractère factuel des conditions de recevabilité s'appliquant à cette voie de droit : « le libéralisme du Conseil d'État à l'endroit de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir se manifeste par la reconnaissance de l'intérêt à agir de requérants pouvant [...] être matériellement affectés par l'acte contesté, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin que le requérant fasse état de la lésion d'un droit attaqué »²⁷⁸⁸. C'est ainsi qu'un acte de portée générale non immédiatement applicable à la situation juridique du requérant, mais générateur d'un grief matériel ou moral lui portant préjudice, est attaquant par le biais du recours pour excès de pouvoir²⁷⁸⁹. Les personnes privées peuvent ainsi provoquer la dissolution d'une illicéité internationale trouvant sa source dans l'inconventionnalité d'un acte administratif français de portée générale non immédiatement applicable, en contestant directement sa validité devant le Conseil d'État français. Le rôle des associations de protection des intérêts publics est central en la matière. En effet, elles ont en effet un intérêt moral à agir contre tout acte administratif, même non *self-executing*, édicté dans leur domaine d'action²⁷⁹⁰. Pour cette raison qu'elles se positionnent aujourd'hui comme les premiers agents de la conventionnalité de l'action administrative française²⁷⁹¹. La jurisprudence du Conseil d'État français apparaît donc plus favorable que celle de la Cour de justice à la dissolution de l'illicéité ayant pour

²⁷⁸⁷ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, op. cit., p. 303.

²⁷⁸⁸ Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, op. cit., p. 95.

²⁷⁸⁹ L'action formée par un contribuable départemental contre une délibération mettant de nouvelles dépenses à charge du département est recevable. En l'espèce, le requérant est matériellement lésé et est donc titulaire d'un intérêt à demander l'annulation dudit acte, bien que non atteint dans l'un de ses droits subjectifs : CE, 26 mai 2009, *Département des Deux-Sèvres*, préc. ; le titulaire de la carte de combattant a un intérêt moral à contester les nouvelles dispositions réglementaires qui élargissant les hypothèses d'octroi d'un tel titre : CE, ass., 13 mai 1949, *Bourgoin*, *Leb.* p. 214.

²⁷⁹⁰ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 488.

²⁷⁹¹ Pour une invalidation juridictionnelle d'un acte administratif de portée générale non *self-executing* provoquée par une action initiée par une association de protection d'un intérêt public, V. CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, préc. ; Pour un regard de la doctrine organique sur le rôle d'agent de la légalité française joué par une association de protection d'un intérêt public, V. Bruno GENEVOIS, « Le GISTI : requérant d'habitude ? La vision du Conseil d'État », in GISTI, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 65-79.

cause l'inconventionnalité d'un acte réglementaire non immédiatement applicable. Elle rencontre en revanche les mêmes limites lorsque l'illicéité dérive de l'existence d'un acte législatif inconventionnel.

2) L'immunité juridictionnelle des lois inconventionnelles inexécutées

1043. Les jurisprudences de Paris et de Luxembourg se rejoignent dans le refus qu'elles opposent à la recevabilité des requêtes tendant à contester directement la conventionnalité des actes législatifs. La Cour de justice a ainsi estimé dans son arrêt *Inuit* que « *la notion d'“acte réglementaire” au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doit être comprise comme visant tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs* »²⁷⁹². Aussi, seuls les actes de portée générale non édictés au terme d'une procédure législative – critère déterminant de l'accès de la norme européenne à la qualification de loi²⁷⁹³ – sont attaquables devant la Cour de justice²⁷⁹⁴.

1044. De même, le Conseil d'État ne se reconnaît pas compétent pour connaître des recours directs formés à l'encontre des lois françaises²⁷⁹⁵. La haute juridiction administrative estime en effet qu'« *en l'absence de demande mettant en cause la légalité d'une décision administrative, il n'appartient pas au juge administratif de déclarer inapplicables des dispositions législatives au motif qu'elles ne seraient pas compatibles avec des engagements internationaux de la France* »²⁷⁹⁶. La sanction de l'inconventionnalité d'une loi est donc subordonnée à sa mise en application par l'administration ou l'autorité judiciaire.

1045. Il en résulte que les personnes privées ne peuvent pas provoquer la dissolution du fait internationalement illicite constitué par l'existence d'une loi inconventionnelle en contestant directement cet acte devant la Cour de justice ou le Conseil d'État français. La prévention de l'engagement de la responsabilité internationale par les juridictions internes en raison de la

²⁷⁹² CJUE, Gde chbre, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, pts. 60-61.

²⁷⁹³ CJUE, Gde chbre, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, préc., pt. 63.

²⁷⁹⁴ Comme le relève Laurent COUTRON, cette interprétation de l'article 263, alinéa 4 TFUE « *la catégorie des actes réglementaires est réduite à la portion congrue si bien que le gain lié à la clause Jégo-Quéré peut paraître famélique* », (« L'héritage de l'arrêt *UPA* », *A.J.D.A.*, 2014, pp. 548-556 (562)).

²⁷⁹⁵ CE, 24 mai 1995, *Brunet*, préc. ; CE, 6 février 1987, *Albert*, req. n° 80905, inédit ; V. Louis DUBOIS, « Droit international et juridiction administrative », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2013, pt. 101 ; Karine MICHELET, « La loi inconventionnelle », préc., p. 27.

²⁷⁹⁶ CE, 24 mai 1995, *Brunet*, préc.

violation d'une obligation conventionnelle constituée par l'existence d'une loi inexécutée apparaît donc compromise. L'exécution de cette loi se présente comme un préalable nécessaire à la dissolution, par la voie de l'exception d'inconventionnalité, de l'illicéité dont elle est la cause.

1046. Par conséquent, les juridictions internes ne sont pas compétentes pour sanctionner une inconventionnalité procédant d'une application de la théorie du risque²⁷⁹⁷ à un acte législatif. Le concept de victime potentielle, qui permet de dégager la recevabilité de la requête devant le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies et la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, n'est en effet pas de nature à écarter l'incompétence des juridictions internes pour connaître d'une telle requête. Et le fait qu'aucune voie de droit ne soit mise à disposition des personnes privées pour contester la conventionnalité d'une loi expose un État à être condamné pour la violation d'une obligation internationale, sans que ses organes juridictionnels n'aient au préalable eu l'opportunité d'invalidier l'acte générateur de l'illicéité.

1047. Dans l'affaire *Vallianatos*, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la Grèce en raison de l'existence d'une loi réservant aux personnes hétérosexuelles le droit de conclure un pacte de vie commune, alors même que les requérants ne disposaient pas dans le système juridictionnel grec d'une voie de droit leur permettant d'obtenir l'appréciation de la conformité de cette loi à la Convention et, le cas échéant, l'invalidation de la loi inconventionnelle²⁷⁹⁸. Cette impossibilité de dénoncer l'inconventionnalité d'une loi devant les juridictions internes n'est pas jugée constitutive d'une violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme par la Cour de Strasbourg²⁷⁹⁹. Plus généralement, le droit international ne crée pas d'obligation à charge des États de créer des voies de droit permettant de contester directement la conformité de leurs actes législatifs aux obligations qui les lient.

1048. Le statut contentieux de la loi immédiatement applicable à la situation juridique de personnes privées pose également problème. En effet, le contrôle de conventionnalité de certaines lois ayant par elles-mêmes des effets incidents sur la situation juridique des personnes privées échappe à la compétence des juridictions de Paris et de Luxembourg. Par

²⁷⁹⁷ V. par exemple, CDH, 31 mars 1994, *Toonen contre Australie*, préc. ; Cour EDH, plénière, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, préc. Et les observations développées *supra*, cette Section, § 1, A., 1), a).

²⁷⁹⁸ Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, préc., §§ 54-58.

²⁷⁹⁹ Cour EDH, 19 octobre 2005, *Roche contre Royaume-Uni*, req. n°32555/96, § 137 ; Cour EDH, 6 janvier 2011, *Paksas contre Lituanie*, req. n°34932/04, § 113.

exemple, une loi qui aurait pour effet de diminuer la valeur des investissements d'une catégorie d'investisseurs²⁸⁰⁰, dont l'engagement financier est protégé par un traité bilatéral d'investissement, ne peut pas être contestée devant les juridictions internes. Ces organes ne sont en effet pas titulaires du titre juridique leur conférant le pouvoir d'examiner la conventionnalité de ce type d'actes qui n'appellent pas de mesures d'exécution. En conséquence, l'Union européenne et la France, en ne mettant pas à disposition des acteurs économiques étrangers de voies de droit leur offrant la possibilité de contester les actes législatifs *self-executing*, s'exposent à être condamnées par les juridictions internationales compétentes pour sanctionner leur illicéité. Mais il convient de préciser que les juridictions de Paris et de Luxembourg affichent une certaine préférence pour le règlement dans l'ordre international des différends portant sur la violation d'obligations de droit international économique, dans la mesure où leurs conditions d'application se négocient et où celles-ci souffrent souvent d'un défaut d'application réciproque. La jurisprudence de la Cour de justice relative au défaut d'invocabilité des règles OMC en témoigne²⁸⁰¹. Il apparaît donc très improbable, en même temps qu'inopportun, que ces juridictions opèrent en cette matière le choix de libéraliser l'accès à leur prétoire afin de permettre les juridictions internes de dissoudre les illicéités procédant de l'édiction d'actes législatifs.

3) La contestation incidente des actes de portée générale exécutés

1049. L'exception d'illégalité permet aux personnes privées d'appeler la Cour de justice et le Conseil d'État français à se prononcer sur la conventionnalité des actes de portée générale – qui ne peuvent pas être directement contestés²⁸⁰² – une fois ceux-ci exécutés. Le Tribunal de l'Union européenne, puis la Cour de justice sur pourvoi, peuvent en effet connaître d'une exception d'illégalité alléguant l'inconventionnalité d'une loi unionaire, lorsqu'un acte individuel adopté sur son fondement par les institutions de l'Union est querellé à la faveur

²⁸⁰⁰ CNUDCI, 24 décembre 2007, *B.G. Group Plc. contre Argentine*, préc., §§ 219-233 ; CIRDI, 12 mai 2005, *CMS Gaz Transmission Company contre Argentine (award)*, préc., §§ 275, 276.

²⁸⁰¹ CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, préc. ; CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Biret international SA & Establishment Biret SA contre Conseil*, préc. Et les observations relatives aux causes du défaut d'invocabilité des règles OMC développés *supra*, partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²⁸⁰² Il s'agit donc des actes législatifs français pour ce qui relève de l'office du Conseil d'État, et des actes législatifs et des actes réglementaires non *self-executing* pour ce qui relève de l'office de la Cour de justice de l'Union européenne.

d'un recours en annulation, ou d'un recours en responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne²⁸⁰³. De même, la Cour de justice peut connaître d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité alléguant l'inconventionnalité d'une loi unionaire lorsqu'un acte national adopté sur son fondement par les autorités normatives de l'un des États membres est querellé devant une juridiction nationale disposant du pouvoir d'initier une telle procédure²⁸⁰⁴. De son côté, le Conseil d'État a été appelé à de nombreuses reprises à apprécier la validité de lois dont l'inconventionnalité était excipée à la faveur d'un recours en annulation formé contre un acte administratif les mettant en œuvre²⁸⁰⁵. Les juridictions de Paris et de Luxembourg sont donc compétentes pour examiner la conformité des lois françaises et unionaires aux obligations conventionnelles liant la France et Union européenne, une fois celles-ci concrétisées par les autorités administratives habilitées à préciser leurs conditions d'application.

1050. Cette subordination de l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois à leur exécution préalable par un acte administratif est problématique lorsque l'existence même de ces actes législatifs génère une illicéité internationale. Les juridictions internes ne peuvent pas mettre un terme aux délits internationaux constitués par la violation des obligations de comportement normatif précédemment présentées²⁸⁰⁶, de sorte qu'elles ne peuvent prévenir de l'engagement de la responsabilité internationale causé par l'existence d'une loi internationalement illicite. Par exemple, elles ne peuvent pas sanctionner l'illicéité procédant

²⁸⁰³ Pour un exemple d'exception d'illégalité soulevée à l'occasion d'un recours en responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne, sur le fondement de la violation d'une décision de l'Organe de règlement des différends de l'OMC : TPICE, 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies/Conseil et Commission*, préc. La Cour de justice refuse toutefois sur pourvoi d'examiner la validité du règlement du 13 février 1993 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane en raison du défaut d'invocabilité des accords OMC : CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, préc.

²⁸⁰⁴ Pour un exemple de renvoi préjudiciel en appréciation de validité initié par une juridiction nationale saisie d'un litige l'appelant à connaître de la conventionnalité d'un acte national d'exécution d'une loi unionaire : CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc.

²⁸⁰⁵ Contrôle incident de conformité des lois à des obligations conventionnelles relatives à la protection des droits fondamentaux : CE, 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, *Leb.* p. 368 (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme) ; CE, 22 septembre 1997, *Melle Cinar*, préc. (Convention de New York sur les droits de l'enfant) ; Contrôle incident de conformité des lois à des prescriptions tirés de directives de l'Union : CE, sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire*, préc. ; CE, 24 février 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, *Leb.* p. 29 ; CE, ass., 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et Baillard*, préc. ; contrôle de conventionnalité de lois de validation : CE, ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, préc. ; contrôle de conventionnalité de loi de ratification d'ordonnance : CE, 8 décembre 2000, *M. Hoffer*, préc. ; contrôle de conventionnalité de la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : CE, ass., 6 décembre 2002, *M. et Mme Draon*, n°250167, *Leb.* p. 423.

²⁸⁰⁶ V. *supra*, cette Section, § 1, A, 1).

de l'existence d'une norme d'habilitation créant sur les personnes privées une pression que le droit conventionnel interdit. Autrement dit, les illicéités procédant d'une application de la théorie du risque, telle celle constatée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Dudgeon*²⁸⁰⁷, ne peuvent être dissoutes par les juridictions internes qui n'ont pas compétence pour en abroger la cause : la loi d'habilitation inconventionnelle dont il n'est pas fait usage. Dans les ordres juridiques français et de l'Union, il est donc nécessaire que le comportement matériel que la théorie du risque est supposée prévenir soit consommé pour que les juridictions internes soient compétentes pour contrôler par voie incidente la règle générale qui en constitue la base juridique. Autrement dit, l'exercice du contrôle de conventionnalité est subordonné à la violation préalable d'un droit que la théorie du risque entend protéger. Car s'il est vrai que le droit à la vie privée de la personne homosexuelle est affecté par la pression exercée sur ses comportements par l'incrimination des actes qui composent sa vie sexuelle, la condamnation de cette incrimination par la Cour vise également à prévenir l'engagement de poursuites pénales par le ministère public sur son fondement. Et les conditions d'accès au juge français et de l'Union européenne sont telles qu'en l'existence d'une telle législation, elles ne permettraient à la personne concernée de contester la conventionnalité de cette législation que dans la seconde situation, en excipant l'inconventionnalité de l'acte législatif motivant les poursuites. Il est ainsi nécessaire qu'une action pénale interdite par la juridiction de Strasbourg soit engagée pour que l'acte législatif qui permet ce comportement illicite puisse être contesté devant les juridictions internes.

1051. Les conditions d'accès aux juridictions administratives françaises et à la Cour de justice de l'Union européenne rendent difficile l'invocation des obligations conventionnelles prescrivant l'existence ou l'inexistence de règles générales dans l'ordre interne lorsque celles-ci n'ont pas été exécutées. À défaut d'exécution par une norme de portée individuelle, seuls les actes réglementaires français sont susceptibles de voir examinée leur conformité aux obligations de comportement normatif s'imposant à la France. Mais la plus haute juridiction administrative refuse de connaître des recours contestant directement la conventionnalité des lois françaises. La Cour de justice refuse plus largement d'attribuer aux personnes privées un accès direct au juge de la légalité des actes de portée générale, législatif ou réglementaire, émis par les institutions de l'Union²⁸⁰⁸. La conventionnalité de ces règles générales peut

²⁸⁰⁷ Cour EDH, plénière, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, préc.

²⁸⁰⁸ Les rares actes réglementaires *self-executing* échappent à ce principe d'irrecevabilité.

seulement être contrôlée par voie incidente, une fois celles-ci concrétisées par des normes individuelles. Ces restrictions opposées à la contestation directe de la conventionnalité des lois empêche le développement d'une collaboration efficace entre personnes privées et organes juridictionnels, tendant à simplifier la dissolution dans l'ordre interne des illicéités internationales dérivant de l'existence de règles générales inconventionnelles. La libéralisation des critères d'accès au juge de la conventionnalité de ces règles s'impose donc comme une condition supplémentaire à la consécration de l'invocabilité d'éviction pour attribuer à la Cour de justice et au Conseil d'État la qualité de gardiens de la légalité conventionnelle.

* *
*

1052. Conclusion de chapitre : L'office du Conseil d'État français et de la Cour de justice peut agir en faveur de la licéité internationale du comportement de la France et de l'Union européenne. D'une part, ces juridictions internes sont en capacité d'invalider les normes habilitant l'administration de ces deux ordres juridiques à émettre des actes individuels inconvencionnels. Dès lors que, par principe, seuls ces actes individuels sont susceptibles de constituer un fait internationalement illicite, l'annulation de leur base juridique permet de prévenir la réalisation de l'illicéité internationale. D'autre part, le Conseil d'État et la Cour de justice peuvent annuler ou laisser inappliquées certaines règles générales dont la validité provoque une illicéité internationale lorsqu'elles violent une obligation de comportement normatif. Ce n'est alors pas la prévention, mais la cessation de l'illicéité qui est garantie par ces organes juridictionnels, dans la mesure où il est simplement mis un terme à l'existence d'une règle générale qui en est la cause. La pleine effectivité de cette protection juridictionnelle de la licéité internationale du comportement de la France et de l'Union européenne nécessite la consécration de l'invocabilité d'exclusion, afin de permettre aux personnes privées de se prévaloir des obligations conventionnelles, dotées ou non d'effet direct, qui s'imposent à cet ordre juridique. Cette collaboration des personnes privées avec les juridictions internes permettrait ainsi de limiter l'émergence et la pérennité des illicéités susceptibles de causer l'engagement de la responsabilité internationale de la France et de l'Union européenne. De sorte que, en participant à la garantie de la légalité conventionnelle, les personnes privées joueraient un rôle actif dans la prévention des condamnations de la France et de l'Union européenne par les instances internationales.

* *
*

1053. Conclusion de titre : Cette analyse prospective tendait à présenter les conséquences potentielles d'une consécration de l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel. Elles sont de deux ordres et sont étroitement liées. La première est la promotion de la cohérence des ordres juridiques français et de l'Union européenne. La seconde est la garantie du respect par la France et l'Union européenne des obligations qui s'imposent à elles dans l'ordre international. Ces deux virtualités attachées à la reconnaissance de l'invocabilité d'exclusion profitent aux sujets de droit de la France et de l'Union. La première permet en effet de ne pas soumettre les personnes privées assujetties au droit français et de l'Union européenne à deux prescriptions juridiques antinomiques, d'origines interne et internationale. Autrement dit, l'exercice d'un droit ou le respect d'une obligation que le sujet tire du droit international ne pourraient plus être valablement prohibés par le droit interne. La seconde virtualité profite à la France et à l'Union européenne. Dès lors que l'invocabilité d'exclusion favorise le respect des obligations internationales en simplifiant l'accès à la sanction de leur violation par les juridictions internes, l'engagement de la responsabilité internationale de la France et de l'Union deviendrait hypothétique si cette forme d'invocabilité était admise par la Cour de justice et le Conseil d'État. De sorte que la sanction de la violation du droit conventionnel et, par conséquent, la garantie de son respect, seraient opérées dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne et non par des organes extérieurs à ceux-ci. Cette promotion de la garantie juridictionnelle du respect de la légalité conventionnelle doit toutefois s'accomplir dans des conditions qui la rendent conciliable avec la défense de certaines valeurs de la France et de l'Union européenne. Le maintien de l'équilibre des pouvoirs exigerait ainsi de limiter l'examen de la conventionnalité de l'acte interne à un contrôle d'intensité minimale lorsque des normes conventionnelles dépourvues d'effet direct seraient invoquées. Cela permettrait d'éviter que le pouvoir d'interprétation de la norme conventionnelle dont est investi le juge ne restreigne la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités exécutives et législatives lorsqu'elles définissent les conditions de mise en œuvre de cette norme. Concernant les intérêts économiques, sociaux et environnementaux de la France et de l'Union européenne, leur défense exige de ne pas étendre l'invocabilité d'exclusion aux engagements internationaux fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels, au premier rang desquels les accords OMC, accords qui ne sont pas appliqués par les juridictions des principaux partenaires commerciaux de l'Union européenne. Les agents économiques européens opérant sur le marché des grands partenaires commerciaux de l'Union souffriraient

en effet d'un désavantage vis-à-vis de leurs concurrents étrangers agissant sur le territoire européen. De fait ces derniers pourraient imposer à l'Union européenne le respect des règles OMC, alors que les premiers ne pourraient pas agir de la sorte devant les tribunaux étrangers (Japon, États-unis d'Amérique, Chine...). En outre, l'infraction à certaines règles de droit international économique est parfois nécessaire à la conduite de politiques sanitaires et environnementales européennes, que l'on songe par exemple à la prohibition de l'importation de bœuf aux hormones sur le territoire européen. En définitive, la proposition qui découle de ce discours prescriptif permettrait de dynamiser l'effectivité du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne, tout en défendant les valeurs constitutionnelles et politiques qui se trouvent à leur fondement.

* *
*

1054. Conclusion de partie : La théorie objective de l'invocabilité exerce une certaine emprise sur la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État. Elle permet actuellement à ces deux juridictions d'attacher des effets juridiques à certaines normes conventionnelles dépourvues d'effet direct. La primauté du droit conventionnel fonde ainsi l'obligation d'interpréter le droit interne à la lumière des accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice, et d'engager la responsabilité des autorités publiques qui violent ses prescriptions dans la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi, les personnes privées peuvent appeler ces juridictions à prévenir la survenance, ou à sanctionner la commission d'un comportement de l'Union ou de la France qui est contraire à une règle conventionnelle, alors même qu'elles ne tirent pas de droit subjectif de celle-ci.

1055. Pour autant, ces formes d'invocabilité ne garantissent pas que la question de la conformité des règles françaises et de l'Union européenne aux stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct soit examinée par les juridictions de Paris et de Luxembourg. Le Conseil d'État n'admet en effet ce contrôle que dans le cas, exceptionnel, où il est saisi par un État ; tandis que la Cour de justice ne l'opère qu'en trois hypothèses : lorsque la norme contrôlée met en œuvre la règle conventionnelle invoquée, lorsque la norme conventionnelle invoquée est porteuse d'une norme secondaire équivalente au principe d'effectivité ou enfin si le justiciable qui s'en prévaut est un requérant privilégié. La sporadicité de ces contrôles permet de constater que le respect de la légalité conventionnelle n'est pas actuellement garanti par les organes juridictionnels des ordres juridiques français et de l'Union. Or, ces ordres juridiques ont adhéré à la doctrine de l'incorporation avec primauté du droit conventionnel. Ce choix des constituants français et de l'Union européenne impose le respect de cette source internationale d'obligations par les autorités législatives et exécutives. C'est pourquoi le champ des prétentions auxquelles peut s'appliquer la théorie objective de l'invocabilité devrait être élargi, pour abolir l'immunité juridictionnelle (interne) qui profite actuellement aux actes juridiques contraires à des normes conventionnelles non porteuses de droits subjectifs. La dévolution aux personnes privées du droit de se prévaloir en justice d'une obligation conventionnelle sur le fondement de sa primauté, afin de contester la conformité d'une règle interne à ses prescriptions, ferait de l'invalidation ou de l'inapplication²⁸⁰⁹ la conséquence plausible de son inconventionnalité. Une limitation de l'intensité du contrôle de conventionnalité devrait toutefois accompagner cet assouplissement des conditions

²⁸⁰⁹ L'acte administratif inconventionnel est invalidé, l'acte législatif inconventionnel est inappliqué.

d'invocabilité des accords internationaux, aux fins de préserver la stabilité du droit d'origine interne et d'éviter que le pouvoir d'interprétation des règles conventionnelles dont est investi le juge ne se substitue à la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités législatives et exécutives pour les mettre en œuvre. En outre, l'invocabilité d'exclusion n'a pas vocation à s'appliquer aux accords soumis aux principes de réciprocité et d'avantages mutuels souffrant d'un défaut d'application réciproque, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas des éléments de la légalité des ordres juridiques français et de l'Union européenne. Ainsi délimité, l'extension du domaine de la théorie objective de l'invocabilité permet de conjuguer justice et prudence²⁸¹⁰. Justice, car elle accorde aux accords internationaux une invocabilité dans le cadre du contentieux de la légalité à laquelle leur statut constitutionnel leur permet de prétendre. Prudence, car elle réserve aux autorités exécutives et législatives la marge de manœuvre qui est nécessaire à la France et à l'Union européenne pour librement déterminer leur politique extérieure.

* *
*

²⁸¹⁰ La formule est empruntée à Hélène RUIZ-FABRI, (« Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in Antonio Tizzano, Sacha Prechal, Julianne Kokott (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, op. cit.).

Conclusion générale

1056. L'analyse de l'invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d'État s'est articulée autour de trois niveaux de discours, respectivement descriptif, évaluatif et prescriptif. Les trois séries de remarques qui viennent conclure cette étude répondent à chacun de ces niveaux de discours.

1057. L'analyse *de lege lata* descriptive a permis de constater une convergence partielle des conditions d'invocabilité des accords internationaux dégagées par les jurisprudences de la Cour de justice et du Conseil d'État. Il y a bien convergence car ces juridictions ont développé une théorie subjective de l'invocabilité aux contours semblables. Cette théorie subordonne le droit de se prévaloir d'une norme conventionnelle afin de contester la régularité d'un acte interne à la satisfaction de deux conditions principales : la réciprocité d'application et l'effet direct. La condition de réciprocité ne concerne que les accords internationaux qui, tels ceux conclus sous l'égide de l'OMC, sont fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels. Lorsque le juge est appelé à l'examiner, il vérifie la justiciabilité de l'accord invoqué devant les juridictions internes des autres parties contractantes. La conditionnalité d'effet direct concerne pour sa part l'ensemble des normes conventionnelles en vigueur dans les ordres juridiques français et de l'Union. Pour attribuer l'effet direct à une norme conventionnelle, le juge doit établir son aptitude à porter des droits subjectifs. Le Conseil d'État a aligné les critères examinés pour établir l'effet direct des règles conventionnelles sur ceux employés par la Cour de justice – en conférant une importance prégnante à la complétude de celles-ci –, de sorte que les théories subjectives de l'invocabilité ciselées par leur jurisprudence se fondent désormais dans un modèle commun. Cette convergence des jurisprudences de Paris et de Luxembourg permet d'homogénéiser les principes régissant la dévolution de l'effet direct applicables aux différentes stipulations des accords mixtes, conclus par la France et l'Union européenne. Le besoin d'uniformité des méthodes d'appréciation de l'effet direct procède des incertitudes entourant le tracé de la frontière qui sépare les compétences respectives de la Cour de justice et du Conseil d'État pour se prononcer sur l'effet direct des accords conclus par la France et l'Union européenne. La consécration de la compétence interprétative de la Cour de justice nécessite en effet de constater que la règle invoquée relève d'un "domaine largement couvert par le droit de l'Union". Or cette notion souffre encore d'une certaine

indétermination dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'hypothèse où la Cour de justice et le Conseil d'État emploieraient des méthodes d'interprétation distinctes pour décider de son effet direct, l'imprécision des règles relatives à la détermination du juge compétent pour se prononcer sur cette question empêcherait le justiciable de connaître les conditions qui subordonneraient l'invocabilité de la stipulation de l'accord mixte dont il se prévaut. L'adhésion de la Cour de justice et du Conseil d'État à un modèle commun de théorie subjective de l'invocabilité permet à rebours à une personne privée de prévoir l'existence ou l'inexistence de son droit de se prévaloir d'une stipulation d'un accord mixte. La solution apportée à cette question sera en effet la même selon que la compétence interprétative est confiée à l'une ou à l'autre de ces juridictions.

1058. La convergence des conditions d'invocabilité du droit conventionnel doit toutefois être relativisée. De fait, la Cour de justice et le Conseil d'État font un usage dissemblable de la théorie objective de l'invocabilité. Cette théorie fonde le droit de se prévaloir d'une norme conventionnelle sur la primauté qui lui est attribuée dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne. L'invocabilité est alors indifférente à l'effet direct de la règle dont le justiciable se prévaut. Il est vrai que la Cour de justice et le Conseil d'État font ponctuellement un usage commun de la théorie objective de l'invocabilité. Les juridictions de Paris et Luxembourg ont ainsi toutes deux attribué aux requérants privilégiés la possibilité d'invoquer les normes conventionnelles sur le seul fondement de leur primauté. En outre, elles ont également fondé sur la primauté l'invocabilité d'interprétation du droit conventionnel, qui s'est ainsi trouvée dissociée de la conditionnalité de l'effet direct. Pour autant, les divergences restent nombreuses car la Cour de justice et le Conseil d'État n'admettent pas la possibilité de tirer profit de la théorie objective de l'invocabilité dans les mêmes hypothèses lorsqu'une personne privée allègue la violation du droit conventionnel. La Cour de justice fait ainsi ponctuellement usage de la théorie objective de l'invocabilité quand est sollicitée l'invalidation d'une règle inconventionnelle émise par les institutions de l'Union ou de ses États membres, tandis que le Conseil d'État agit de la sorte lorsque des indemnités sont réclamées à l'État qui en est l'auteur. Plus précisément, la juridiction de l'Union agrée le droit des personnes privées à se prévaloir de règles conventionnelles non créatrices de droits subjectifs lorsque ces règles créent une obligation processuelle à charge des parties contractantes dans le contentieux de la légalité. Elle leur permet aussi de réclamer l'annulation des actes juridiques internes qui mettent en œuvre des règles conventionnelles

dépourvues d'effet direct. Au contraire, le Conseil d'État se refuse d'intégrer ces formes d'invocabilité à sa jurisprudence. Mais il accepte en revanche de fonder l'invocabilité de réparation du droit conventionnel sur sa primauté, alors que la Cour de justice s'y refuse. Au total, il apparaît que les exceptions au principe selon lequel l'invocabilité d'une règle conventionnelle est subordonnée à son effet direct sont très hétérogènes dans les jurisprudences de Paris et de Luxembourg.

1059. L'analyse évaluative a permis de cerner les carences de la théorie subjective de l'invocabilité qui demeure le point d'ancrage de l'examen du droit de se prévaloir d'une norme conventionnelle devant la Cour de justice et le Conseil d'État. Les accords internationaux, dotés ou non de l'effet direct, priment les règles de droit français et de l'Union européenne de rangs législatif et infra-législatif. Or, la violation par les autorités publiques des règles conventionnelles dépourvues d'effet direct reste par principe à l'abri de toute sanction juridictionnelle. Si bien que l'adhésion du Conseil d'État et de la Cour de justice à la théorie subjective de l'invocabilité emporte deux conséquences préjudiciables à la cohérence des ordres juridiques français et de l'Union. D'une part, elle crée un angle mort dans l'État de droit, dans la mesure où elle situe certains éléments de la légalité de ces ordres juridiques – les règles conventionnelles dépourvues d'effet direct – hors du champ des actes juridiques dont la violation par les autorités publiques induit une sanction juridictionnelle. Ainsi naît une nouvelle forme de dualisme. Dans celui-ci, la production d'effets juridiques par les règles internationales dans l'ordre juridique interne n'est plus décidée par l'édition d'une loi par le Parlement, mais par la dévolution de l'effet direct par le juge. Autrement dit, le rôle attribué aux juges dans les États ayant adhéré à la doctrine de l'incorporation (dits "monistes") apparaît équivalent à celui confié au Parlement dans les États ayant adhéré à la doctrine de la transformation (dits "dualistes"). D'autre part, cette subordination de l'invocabilité à l'existence d'un droit subjectif conventionnel dénature la fonction de certaines voies de droit – tels le recours pour excès de pouvoir et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité – dont la fonction première réside dans la garantie de la légalité des actes français et de l'Union européenne. Dans ces voies de droit, l'invocabilité des règles de droit d'origine interne non créatrices de droits subjectifs est admise avec constance, car la Cour de justice et le Conseil d'État considèrent qu'elles n'y exercent pas un office de juge de la protection des droits individuels. Aussi, la subordination de l'accès des normes conventionnelles au rang de normes de référence du contrôle de la légalité à leur aptitude à produire de tels droits

engendre-t-elle une déviation fonctionnelle de ces voies de droit. Elle change en effet le juge du droit – gardien de la légalité –, en un juge des droits – défenseurs des droits individuels –. Pour ces deux raisons, il nous est apparu nécessaire de généraliser l'application de la théorie objective de l'invocabilité dans le contrôle de la légalité des actes français et de l'Union.

1060. En dernier lieu, l'analyse *de lege ferenda* prospective nous a permis de proposer un modèle d'invocabilité d'exclusion qui tend à pacifier les relations entre l'effet direct et la primauté du droit conventionnel dans le contrôle de légalité. Nous avons vu que la théorie objective de l'invocabilité fonde celle-ci sur la primauté du droit conventionnel, elle est par conséquent indifférente à l'effet direct de la règle dont le requérant se prévaut. La généralisation de l'application de cette théorie dans le cadre du contrôle de la légalité des actes français et de l'Union européenne, qui exigerait de consacrer l'invocabilité d'exclusion du droit conventionnel dans les voies de droit dans lesquelles il s'exerce, répondrait à une double nécessité. L'une tient au respect des principes d'État de droit sur lesquels sont fondés les ordres juridiques français et de l'Union, l'autre se rapporte à l'opportunité de prévenir l'engagement de leur responsabilité internationale. D'une part, les ordres juridiques français et de l'Union européenne ont adhéré aux principes de l'État de droit. Or, parmi les principes de l'État de droit figure l'obligation pesant sur les autorités publiques de se conformer aux règles de droit qui les lient. En d'autres termes, il leur appartient de respecter la hiérarchie des normes et ce, même lorsque les obligations qui s'imposent à elles sont dépourvues d'effet direct. Pour cette raison, la dévolution aux personnes privées du droit de se prévaloir des règles conventionnelles dénuées d'effet direct afin de contester la validité des actes législatifs et infra-législatifs permettrait de garantir l'exigence de légalité de ces normes qui relèvent des ordres juridiques français et de l'Union et, par voie de conséquence, de combler un angle mort de l'État de droit. D'autre part, la Constitution française et le droit primaire de l'Union européenne – tout particulièrement l'alinéa 14 du préambule de 1946 et l'article 3, paragraphe 5 du TUE – traduisent leur volonté d'adhérer aux principes de l'"État ouvert" au droit international. Le respect de leurs obligations internationales et, *ipso jure*, l'évitement de l'engagement de leur responsabilité internationale, sont des objectifs que la France et l'Union européenne poursuivent en raison de ce choix constitutionnel. Or, la mise en conformité de l'état du droit interne aux obligations internationales liant la France et l'Union serait plus efficacement garantie si les conditions qui subordonnent le droit pour les personnes privées de réclamer la sanction juridictionnelle de leur violation étaient libéralisées. Ainsi, l'invocabilité

d'exclusion – qui ferait de l'invalidation ou de l'inapplication le sort plausible de l'acte juridique interne in conventionnel – serait un instrument de prévention de l'engagement de la responsabilité internationale de la France et de l'Union.

1061. La perméabilité des droits français et de l'Union à la norme conventionnelle qu'engendrerait la consécration de l'invocabilité d'exclusion devrait toutefois s'accompagner d'une modulation de l'intensité du contrôle de conventionnalité. Le juge bénéficie en effet d'une grande marge d'interprétation lorsqu'il est appelé à déterminer le sens de la norme conventionnelle imprécise. Or, la violation de celle-ci par un acte juridique interne a pour conséquence l'invalidation ou l'inapplication de ce dernier. Si bien qu'il apparaît nécessaire, pour maintenir l'équilibre des pouvoirs, de limiter l'intensité du contrôle de la conformité des règles internes aux stipulations conventionnelles imprécises, à l'examen de l'inexistence d'une erreur manifeste d'appréciation. De cette manière, le pouvoir interprétatif du juge ne pourrait pas se substituer à la large marge d'appréciation dont le législateur et l'exécutif sont titulaires lorsqu'ils édictent des actes juridiques dans le champ d'application de règles conventionnelles incomplètes. La digue qui contient les effets de la règle conventionnelle de faible densité normative dans les ordres juridiques français et de l'Union se déplacerait ainsi du refus de son invocabilité, à la modération de l'intensité du contrôle exercé sur son fondement. La sanction des violations frontales des obligations internationales s'imposant à la France et à l'Union serait ainsi permise, tout en tenant à l'écart le spectre du gouvernement des juges. Au-delà de l'équilibre des pouvoirs des différents organes de l'État, il doit également être veillé à l'équilibre des pouvoirs et des intérêts des différentes parties contractantes aux engagements internationaux. Pour cette raison, il nous est apparu opportun de continuer de soumettre l'invocabilité des accords fondés sur les principes de réciprocité et d'avantages mutuels – au premier rang desquels les accords OMC – à leur réciprocité d'application. De cette manière, l'Union ne s'exposerait pas à se trouver dans une situation de faiblesse dans le cadre des négociations menées avec ses principaux partenaires commerciaux qui n'attribuent pas l'effet direct à ces engagements internationaux. En outre, les opérateurs économiques européens qui ne peuvent revendiquer l'application de ces règles conventionnelles devant les organes juridictionnels de ces partenaires resteraient à l'abri du désavantage concurrentiel qui naîtrait de l'attribution d'un tel droit à leurs concurrents étrangers sur le territoire européen.

1062. Le modèle d'invocabilité ici défendu permet ainsi de concilier différentes valeurs qui informent les ordres juridiques français et de l'Union : le caractère hiérarchisé des normes qui les composent, l'équilibre des pouvoirs des autorités normatives qui y agissent, et les intérêts sociaux et économiques des personnes privées qui en sont les sujets. Une telle proposition n'a pas prétention à épuiser un débat qui occupe la doctrine depuis longtemps, ni à emporter l'assentiment de tous ceux qui en prendront connaissance. Les contradictions sont d'ailleurs attendues car elles restent le meilleur indice de l'intérêt qu'une recherche suscite.

Annexes

Avertissement : les références des conclusions des avocats généraux, commissaires du gouvernement et rapporteurs publics citées dans cette thèse sont indexées dans la section bibliographique de ces annexes.

Plan des annexes

I. Bibliographie

A. Généralités, théorie du droit

1. Traités, manuels, mélanges, cours, ouvrages spéciaux, monographies et thèses
2. Articles, chroniques et contributions

B. Droit de l'Union européenne et droit communautaire

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses
2. Articles, chroniques, conclusions et contributions

C. Droit français

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses
2. Articles, chroniques, conclusions et contributions

D. Droit international

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses
2. Articles, chroniques, contributions, cours et rapports

E. Droits nationaux (hors France), droit comparé

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses
2. Articles, chroniques et contributions

II. Index de la jurisprudence citée

A. Juridictions de l'Union européenne

1. Cour de justice
2. Tribunal de l'Union européenne et Tribunal de la fonction publique

B. Juridictions françaises

1. Conseil d'Etat, juridictions administratives

2. Cour de cassation
3. Tribunal des conflits
4. Conseil constitutionnel

C. Juridictions internationales

1. Cour permanente de Justice internationale, Cour internationale de Justice
2. Tribunaux arbitraux
3. Commission européenne des droits de l'homme, Cour européenne des droits de l'homme
4. Comité européen des Droits sociaux
5. Cour interaméricaine des droits de l'homme
6. Comité des Nations-Unies
7. Procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC
8. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
9. Commission d'enquête de l'Organisation Internationale du Travail

D. Juridictions nationales étrangères

1. Allemagne
2. Argentine
3. Australie
4. Belgique
5. Canada
6. Espagne
7. Etats-Unis
8. Irlande
9. Israël
10. Norvège
11. Italie
12. Pays-Bas
13. Royaume-Uni
14. Pologne

III. Index des matières

IV. Plan de these

I. Bibliographie

A. Généralités, théorie du droit

1. Traités, manuels, mélanges, cours, ouvrages spéciaux, monographies et thèses

ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p.

AMSELEK (P.)

- (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, 328 p.
- (dédicataire), *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 857 p.

ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 758 p.

ARON (R.), *Paix et guerre entre les Nations*, Paris, Calmann-Levy, 3^{ème} éd., 2006, 794 p.

ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2012, 398 p.

DE BECHILLON (D.)

- *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, O. Jacob, 1997, 302 p.
- *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, economica, 1996, 577 p.

BOBBIO (N.), *Essai de théorie du droit : Recueil de textes*, Louvain, LGDJ, 1998, 286 p.

BONNET (B.), *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, 207 p.

BRUNET (F.), *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2011, 678 p.

CAPITANT (R.), *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris, Thèse de doctorat, librairie dalloz, 1928, 228 p.

CARBONNIER (J.)

- *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001, 493 p.
- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris Flammarion, 2006, 276 p.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français (1920-1922)*, Paris, Sirey, réimpr. CNRS, 1962, T. I, 638 p.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, 432 p.

CHEVALLIER (J.)

- *L'État de droit*, Paris, Monchrestien, 5^{ème} éd., 2010, 158 p.
- *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, 266 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} édition, 2013, 1099 p.

DELMAS-MARTY (M.)

- *Les Forces imaginantes du droit (I). le relatif et l'universel*, Paris, le Seuil, 2004, 439 p.
- *Les forces imaginantes du droit (II) - le pluralisme juridique ordonné*, Paris, le Seuil, 2006, 303 p.

DELPEREE (F.), *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, 127 p.

DUGUIT (L.)

- *Traité de droit constitutionnel Tome 1, la règle de droit, le problème de l'État*, T. 1, Paris, E. Bocard, 3^{ème} éd., 1927, 593 p.
- *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, 623 p.

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.), (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 354 p.

GISTI, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, Dalloz, 2009, 346 p.

GUILLIEN (R.), *L'acte juridictionnel et l'autorité de chose jugée. Essai critique*, Thèse, Université de Bordeaux, 1931, 476 p.

GURVITCH (G.), *L'idée de droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle*, Paris, Sirey, 1932, rééd. scientia Verlag und Antiquariat, 1972, 710 p.

HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications universitaires de Saint-Louis, trad. Michel VAN DE KERCHOVE, 2^{ème} éd., 2005, 344 p.

HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, 739 p.

VON IHERING (R.), *La lutte pour le droit*, 1890, trad. O. de Meulenaere, Paris, Dalloz, Paris, rééd. (1890), 2006, 113 p.

JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit – première partie : théorie générale de l'État*, Paris, éditions Panthéon Assas, 593 p.

JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit – deuxième partie : théorie juridique de l'État*, Paris, éditions Panthéon Assas, 573 p.

KANT (E.), *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, Paris, Bordas, 1993, 190 p.

KELSEN (H.),

– *Théorie pure du droit*, traduction Charles EISENMANN de la 2^{ème} édition de la Reine Rechtslehre, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 1999, 376 p.

– *Théorie générale du droit et de l'État ; suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris-Bruxelles, Bruylant, 1997, 517 p.

MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), *Droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933, 298 p.

MOOR (P.), *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, les voies du droit, 272 p.

MOTULSKY (H.), *La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 1948, réimpr. 2002, 183 p.

OST (F.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, éditions des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 602 p.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du Droit*, Bruxelles, Presses universitaires de Saint Louis, 2002, 596 p.

PESCATORE (P.), *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, 524 p.

PIAGET (J.), *Logique et connaissance scientifique*, Paris, Gallimard, 1967, 1345 p.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, rééd., 2002, 174 p.

ROSS (A.), *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. Eric Millard et Elsa Matzner, Bruxelles, Bruylant, 2004, 231 p.

SCARPELLI (U.), *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruylant, Bruxelles, 107 p.

STRÖMHOLM (S.), **VOGEL (H.-H.)**, *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975, 107 p.

TIMSIT (G.), *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, 199 p.

TROPER (M.), (dédicataire), *L'architecture du droit- Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 1028 p.

Tusseau (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006, 813 p.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, éditions Panthéon Assas, collection Les introuvables, Paris, 1998, 225 p.

WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Paris, Domat-Monchrestien, 1949, 436 p.

2. Articles, chroniques et contributions

AMSELEK (P.)

- « Une fausse idée claire: la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 983-1014.
- « Norme et loi », *A.P.D.*, 1980, t. 25, pp. 89-107.
- « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *R.D.P.*, 1978, pp. 5-19.

AUER (A.), « Les droits fondamentaux et leur protection », *pouvoirs*, n°43, 1987, pp.87-100.

BARANES (W.), **FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.*, 1996, pp. 301-303.

BEAUD (O.), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, rééd., Paris, PUF, 1993, pp. 5-117.

BOBBIO (N.)

- « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de Théorie du droit*, Louvain, LGDJ, 1998, pp. 89-103.
- « La norme », in *Essais de Théorie du droit*, Louvain, LGDJ, 1998, pp. 107-139.
- « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de Théorie du droit*, Louvain, LGDJ, 1998, pp. 159-173.

BONNARD (R.), « La théorie de la formation du droit par degré dans l'œuvre de Adolph Merkl », *R.D.P.*, 1928, pp. 674- 707.

BRUNET (P.), « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », *Revus*, 2013, pp. 5-10.

CAPPELETTI (M.), « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *R.I.D.C.*, 1981, pp. 625-657.

CARBONNIER (J.), « Le code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *R.R.J.*, 1981, pp. 327-336.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, economica, 2006, pp. 267-281.

CHEVALLIER (J.)

– « Les aspects idéologiques de l'État de droit », in D'ARGENT (P.), CORTEN (O.), KLEIN (P.), *L'État de droit en droit international*, Colloque SFDI de Bruxelles, Paris, Pedone, 2009, pp. 69-80.

– « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF 1983, pp. 7-49.

– « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, pp. 103-120.

– « Rapport de synthèse », », in *La doctrine en droit administratif : actes du [3e] colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier*, Paris, Litec, 2010, pp. 235-246.

COING (H.), « La signification de droit subjectif », *Le droit subjectif en question, A.P.D.*, t.9, 1964, pp. 1-15.

COMMAILLE (J.), « Effectivité », in ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 583-585.

DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *Le droit subjectif en question, A.P.D.*, t.9, 1964, pp.17-35.

DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, pp. 951-957.

DUPRE DE BOULOIS (X.), « La critique doctrinale », in *La doctrine en droit administratif : actes du [3e] colloque organisé les 11 et 12 juin 2009, à la Faculté de droit de Montpellier*, Paris, Litec, 2010, pp. 217-232.

EISENMANN (C.), « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de Jean Dabin », *R.D.P.*, 1954, pp. 753-774.

GLEIZAL (J.-J.), « L'enseignement du droit, la doctrine et l'idéologie », in *Pour une critique du droit. Du juridique au politique*, Paris, Maspero, 1978, pp. 71-113.

HENKE (W.), « Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen recht », in *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für W. Weber zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 495-514.

GUASTINI (R.)

- « Jugements de validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, economica, 2006, pp. 453-463.
- « L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », *An. e dir.*, 2000, pp. 89-96.

HEUSCHLING (L.), « Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/ du droit. Analyse des mots et des concepts », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-60.

HUFSTEDLER (S.M.), « In the Name of Justice », *Stanford Lawyer*, 1979, pp. 3-4

JEZE (G.), « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *R.D.P.*, 1914, pp. 311-323.

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, pp. 197-257

LASCOUMES (P.), « Effectivité », *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 218.

LEBEN (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, pp. 19-39.

LEISNER (W.), « L'État de droit : une contradiction ? », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 65-79.

LOCHAK (D.), « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? une neutralité impossible », in AMSELEK (P.), (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, pp. 293-309.

LOISELLE (R.), « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe », in *Les méthodes au concret : démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique*, Paris, PUF, 2000, pp. 187-209.

MAC CORMICK (N.), « Beyond Sovereign States », *Modern Law Rev.*, 1993, pp. 2-18

MAULIN (E.), « Cohérence et ordre juridique », in Valérie MICHEL, (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Colloque de Strasbourg, 10-11 mai 2007, Strasbourg, PUS 2009, pp. 9-24.

MAYER (P.), « Existe-t-il des normes individuelles ? », *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, economica, 2006, pp. 679-693.

MIAILLE (M.), « La critique du droit », *Droit et société*, 1992, pp. 73-87.

MILLARD (E.), « Qu'est ce qu'une norme juridique ? », *C.C.C.*, 2007, n°21, pp. 59-62

MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *A.P.D.*, Sirey, 1964, pp. 215-230

GOYAR-FABRE (S.), « Sujet de droit et objet de droit », *Cah. phil. pol. jur.*, 1992, pp.7-30.

OLIVER (D.), « Written Constitution : Principles and problems », *Parl. Aff.*, vol. 45, 1992, pp. 135-152.

OST (F.), **VAN DE KERCHOVE (M.)**, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, pp. 177-206.

PESCATORE (P.), « La légitimité du juge en système démocratique », *Commentaire*, 2000, pp. 339-348.

PFERSMANN (O.),

– « Norme », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 1079-1082.

– « De la justice constitutionnelle à la justice internationale: Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *R.F.D.C.*, 1993, pp. 761-790.

PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.*, 2001, pp. 749-794.

RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP, PUF., 1989, pp. 126-149.

RAYNAUD (P.), « Des droits de l'homme à l'État de droit », *Droits.*, 1985, pp. 61-73 .

RIVERO (J.)

– « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Études juridiques, offertes à Léon Julliot de La Morandière par ses élèves et ses amis*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 457-469.

– « L'État moderne peut-il être un État de droit ? », *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1957, pp. 5-101.

– « Apologie pour les faiseurs de système », *D.*, 1951, pp. 99-103.

ROUBIER (P.), « Délimitations et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *A.P.D.*, 1964, pp.83-95.

SUMMERS (R.), « Towards a better general theory of legal validity », *Rechtstheorie*, 1985, p. 65.

TROPER (M.)

- « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in AMSELEK (P.), (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, 310-324.
- « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, pp. 51-63.
- « Système juridique et État », *A.P.D.*, 1986, pp. 29-44.
- « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.*, 1978, pp. 1523-1536.

TRUCHET (D.), « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 769-777.

TUORI (K.), « L'État de droit », in Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD, (dir.) *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 644-670.

VEDEL (G.), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, pp. 79-97.

VILLA (V.), « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in AMSELEK (P.), (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, pp. 281-291.

VIRALLY (M.), « Notes sur la validité du droit et son fondement », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 453-470

WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, pp. 359-371.

WALTER (P.), « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Jellinek », in JOUANJAN (O.), (dir), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et Constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 293-312.

B. Droit de l'Union européenne et droit communautaire

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses

ADAM (S.), *La procédure d'avis devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 696 p.

ADAMS (M.), DE WAELE (H.), MEEUSEN (J.), STRAETMANS (G.), (dir.), *Judging Europe's judges. The legitimacy of the Case Law of the Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 298 p.

BARAV (A.), *Études sur le renvoi préjudiciel en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 283 p.

BARNARD (C.), (dir.), *The Fundamentals of EU Law revisited: Assessing impact of the Constitutionnal debate*, oxford, Collected Courses of the Academy of European Law, 2007, 328 p.

BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2013, 863 p.

BEN ACHOUR (Y.), LAGHMANI (S.), (dir.), *Droit communautaire et mondialisation*, Tunis, Centre de publications Universitaires, 2003, 306 p.

BERROD (F.), *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, 1136 p.

BERTRAND (B.), *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1200 p.

BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexisnexis, 5^{ème} éd., 2013, 863 p.

VON BOGDANDY (A.), MAVROIDIS (P.C.), MÉNY (Y.), (dir.), *European integration and international Co-ordination*, la Haye/ Londres/ Boston, Kluwer Law International, 2002, p. 199-224. 516 p.

BOULOIS (J.)

– *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Monchrestien, 6^{ème} édition, 1997, 407 p.

– (Dédicataire), *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p.

BOULOIS (J.), DARMON (M.), HUGLO (J.-G.), *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2001, 435 p.

BOT (Y.), LEVITS (Y.), ROSAS (A.), *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, la Haye, Asser Press, 2013, 727 p.

BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), TOUZE (S.), (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, 380 p.

BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article. Tome 1, Parties I et IV : Architecture constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant 2007, 1106 p.

CANNIZZARO (E.), (dir.), *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 496 p.

CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.), WESSEL (R.), (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 418 p.

CASSIA (P.), *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, nouvelles bibliothèques des thèses, 2002, 1045 p.

CORREIA (V.), *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 976 p.

COUTRON (L.), *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p.

CRAIG (P.), DE BÚRCA (G.), *EU Law : Texts, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 5th éd., 2011, 1155 p.

CREMONA (M.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 319 p.

DAILLIER (P.), (dédicataire), *Union européenne et droit international : Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, 912 p.

DASHWOOD (A.), MARESCEAU (M.), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 484 p.

DEHOUSSE (R.), *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Monchrestien, 1997, 160 p.

DENIZEAU (C.), *L'idée de puissance publique à l'épreuve du droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, 704 p.

DERO-BUGNY (D.), *La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 571 p.

DONNAT (F.), *Le contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p.

DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, 1015 p.

EECKHOUT (P.), *External relations of the European Union: legal and Constitutional foundations*, Oxford, Oxford University press, 2^{ème} éd., 2011, 572 p.

FLAVIER (H.), *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 885 p.

GAUTIER (M.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, 256 p.

GAUTRON (J.-C.)

– *Droit européen*, Paris, Dalloz, 14^{ème} éd., 2012, 346 p.

– (dédicataire), *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, 823 p.

GAUTRON (J.-C.), GRARD (L.), (dir.) *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, colloque SFDI de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, 448 p.

GERKRATH (J.), *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, institut d'études européennes, 1997, 424 p.

GROUX (J.), MANIN (P.), *Les Communautés européennes dans l'ordre international*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1984, 166 p.

HARTLEY (T.C.), *The foundations of European community Law*, Oxford, Oxford University press, 5^{ème} éd., 2003, 493 p.

HELISKOSKI (J.), *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, La Haye, Kluwer, 2001, 321 p.

HILLION (C.), KOUTRAKOS (P.), *Mixed Agreement Revisited : the EU and its Member States in the World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 396 p.

HOLDGAARD (R.), *External relations of the European Community – Legal reasoning and Legal discourses*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV, European monographs, 2008, 524 p.

ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, 560 p.

ISAAC (G.), (dédicataire), *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, 2 tomes, Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, 983 p.

JACOBS (F.G.), (dédicataire), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 544 p.

JACOT-GUILLARMOD (O.), *Droit communautaire et droit international public – étude des sources internationales de l'ordre juridique des Communautés européennes*, Genève, librairie de l'université, Georg & Cie, 1979, 299 p.

JACQUE (J.-P.), (dédicataire), *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, 787 p.

JOLIET (R.), *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1981, 302 p.

KADDOUS (C.), *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Dossier de droit européen, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, 1998, 550 p.

KLABBERS (J.)

- *The European Union in international law*, Paris, Pedone, 2012, 94 p.
- *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 260 p.

KOUTRAKOS (P.), *EU International Relations Law*, Londres, Hart Publishing, Modern Studies in European Law, 2005, 500 p.

KUILWIJK (K.J.), *The European Court of Justice and the GATT dilemma: Public interest versus Individual Rights?*, Beuringen, Critical European Studies, Vol. I, 1996, 400 p.

LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, réimpr. 2007, 321 p.

LENAERTS (K.), **ARTS (D.)**, **MASELIS (I.)**, *Procedural Law of the European Union*, Chippenham, Sweet & Maxwell, 2^{ème} éd., 2006, 790 p.

LICKOVA (M.)

- *La Communauté européenne et le système GATT/OMC – perspectives croisées*, Paris, pedone, 2005, 201 p.
- *La dynamique de la complexité en matière de relations extérieures des États membres de l'Union européenne*, Thèse, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2013, 704 p.

LOUIS (J.-V.), **RONSE (T.)**, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 458 p.

LOUIS (J.-V.), **DONY (M.)**, *Le droit de la CE et de l'Union européenne : commentaire J. Mégret. 12, Relations extérieures*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2005, 643 p.

LOUIS (J.-V.), (dédicataire), *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2 tomes, 2003, 659 p. et 443 p.

MANCINI (F.), (dédicataire), *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, A. Giuffrè Editore, Milan, 1998, Vol. I: Diritto del Lavoro, 710 p. ; Vol. II: Diritto dell'Unione Europea, 1120 p.

MARESCEAU (M.), (dédicataire), *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 656 p.

MASCLET (J.-C.), (dédicataire), *La Constitution, l'Europe et le droit : Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, 1088 p.

MANIN (P.), (dédicataire), *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, pedone, 2010, 958 p.

MARIATTE (F.), RITLENG (D.), *Contentieux de l'Union européenne. 1 : Annulation, exception d'illégalité*, Paris, Lamy, 2011, 390 p.

MENDEZ (M.), *The Legal Effects of EU Agreements. Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, Oxford, Oxford University press, 2013, 374 p.

MENGOZZI (P.), (dédicataire), *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 635 p.

MICHEL (V.), (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Colloque de Strasbourg, 10-11 mai 2007, Strasbourg, PUS 2009, 436 p.

MONJAL (P.-Y.), *Recherches sur la hiérarchie des normes en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2000, 638 p.

NAOME (C.), *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2010, 377 p.

NEFRAMI (E.)

– *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 711 p.

– *L'action extérieure de l'Union européenne : fondements, moyens, principes*, Paris LGDJ, 2011, 208 p.

– (dir.), *Objectifs et compétence dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 448 p.

PESCATORE (P.)

– *L'ordre juridique des Communautés – Etudes des sources du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, rééd., réimpr. 2006, 334 p.

– (dédicataire), *Du droit international de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, 869 p.

PETROVIC (D.), *L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne: à la recherche d'un concept*, Genève, PUF, 2000, 304 p.

PICOD (F.), (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 186 p.

PICOD (F.), **RIDEAU (J.)**, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Lexisnexis, 2^{ème} éd., 2002, 914 p.

PINSSEN (J.M.), **SCHRAUWEN (A.)**, *Direct effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, 320 p.

RIDEAU (J.)

– *Droit institutionnel de l'Union*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 2010, 1464 p.

– *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, 513 p.

– *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 248 p.

SCHMIED (F.), *Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres - L'invocabilité au service de l'influence de l'Union sur la mondialisation du droit*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, 2013, 606 p.

SCHOCKWEILER (F.), (dédicataire), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 660 p.

SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, 779 p.

SOULARD (C.), **RIGAUX (A.)**, **MUÑOZ (R.)**, *Contentieux de l'Union européenne 3 : Renvoi préjudiciel, Recours en manquement*, Paris, Lamy, 2011, 385 p.

TEITGEN (P.-H.), (dédicataire), *Etudes de droit des Communautés européennes : Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, 584 p.

TINIÈRE (R.), *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p.

TIZZANO (A.), **PRECHAL (S.)**, **KOKOTT (J.)**, (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne*, 316 p.

TRIDIMAS (T.), *The General principles of EU law*, 2nd éd., Oxford, Oxford EC law library, 2006, 714 p.

VANDERSANDEN (G.), **BARAV (A.)**, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, 722 p.

VERHOEVEN (J.), *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2001, 510 p.

WATHELET (M.), *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2014, 972 p.

WOUTERS (J.), **NOLLKAEMPER (A.)**, **DE WET (E.)**, (dir.), *The Europeanisation of International Law*, la Haye, T.M.C. Asser press, 2008, 238 p.

2. Articles, chroniques, conclusions et contributions

ALBER (S.)

– conclusions du 20 septembre 2001 sur CJCE, *Omega Air Ltd, Aero engines Ireland Ltd and Omega aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority*, C-27 et 122/00, *Rec.* p. I-2569.

– conclusions du 15 mai 2003 sur CJCE, *Biret international SA & Establishment Biret SA contre Conseil*, C-93 et 94/02, *Rec.* p. I-10497.

AUBERT (M.), **BROUSSY (E.)**, **DONNAT (F.)**, « Chronique de jurisprudence communautaire. Travail-Discrimination en fonction de l'âge », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 249-250.

ARCURI (A.), **POLI (S.)**, « What price for the Community Enforcement of WTO Law? », European University Institute working Paper Law 2010/01, 48 p.

D'ASPREMONT (J.), « La primauté du droit européen dans le contentieux objectif de la légalité », *J.T.D.E.*, 2004, pp. 200-204.

D'ASPREMONT (J.), **DOPAGNE (F.)**, « *Kadi*: the ECJ's Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders », *IOL Rev.*, 2008, pp. 371-379.

AZOULAÏ (L.), « Le rôle Constitutionnel de la CJCE tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D. eur.*, 2008, pp. 5-45.

BANDTNER (B.), **FOLZ (H.-P.)**, « Nakajima », *EJIL*, 1993, pp. 430-432.

BAQUERO CRUZ (J.), « The legacy of Maastricht-Utreil and the pluralist movement », *ELJ*, 2008, pp. 389-422.

BARAV (A.)

- « Déviations préjudicielles », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 227-247.
- « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20.
- « Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 431-470.

BARAV (A.), KOVAR (R.), « Variations nouvelles autour d'un thème ancien : les conditions de recevabilité du recours en annulation dans la CEE. A propos d'un acte pris sous l'apparence d'un règlement », *Cah. dr. eur.*, 1976, pp. 68-109.

BEBR (G.)

- « Agreements concluded by the Community law and their possible direct effect : from international fruit company to Kupferberg », *CML Rev.*, 1983, pp. 35-73.
- « Examen en validité au titre de l'article 267 du Traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », *Cah. dr. eur.*, 1975, pp. 380-424.

DE BECHILLON (D.), « L'applicabilité des directives communautaires », *R.D.P.*, 1991, pp. 759-791.

BENLOLO-CARABOT (M.), « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *R.M.C.U.E.*, 2009, pp. 380-386.

BERGE (J.-S.)

- « Les mots de l'interaction : compétence, applicabilité et invocabilité », *J.D.I. (Clunet)*, 2012, pp. 1005-1020.
- « Le droit national, international et européen et la question des rapports entre les différentes hiérarchies des normes », *Ann. dr. eur.*, 2011, pp. 3-22.

BERKEY (J.O.), « The european Court and the direct effect of the GATT : a question worth revisiting », *EJIL*, 1998, n°9, pp. 626-657.

BERRAMDANE (A.)

- « L'application de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire », *Cah. dr. eur.*, 2000, pp. 253-279.
- « La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques », in *Union de droit, union des droits, mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 227- 244.

BERROD (F.), « La cour de Justice refuse l'invocabilité des accords OMC : essai de régulation de la mondialisation », *R.T.D. eur.*, 2000, pp. 419-460.

BEULAY (M.), « La mise en œuvre des « smart sanctions » des Nations Unies par les États membres et la Communauté Européenne », *R.M.C.U.E.*, 2009, n°529, pp.567-572.

BLANQUET (M.), « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2010.

BLANQUET (M.), DUBOS (O.), FINES (F.), GAUDIN (H.), « Chronique de jurisprudence – droit général de l'Union européenne (2008-2012) », *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 759-836.

BLUMANN (C.), « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *J.C.P. G*, 2007, n°30, pp. 13-22.

BOMBOIS (T.), BRIBOSIA (E.), « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *R.T.D. eur.*, 2011, pp. 41-84.

BOSSE PLATIERE (I.), FLAESCH-MOUGIN (C.), « La Cour précise si et dans quelle mesure le droit international conventionnel et coutumier peut être invoqué directement par une personne physique ou morale aux fins de contester la validité d'un acte de l'Union », *R.T.D. eur.*, 2012, pp. 247-251 .

BOT (Y.)

- conclusions du 24 avril 2007 sur CJCE, *Willy Kempter KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-2/06, *Rec.* p. I-411.
- conclusions du 7 juillet 2009 sur CJUE, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, *Rec.* p. I-365.
- conclusions du 15 mai 2012 sur CJUE, *Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson contre Deutsche Lufthansa AG et TUI Travel plc, British Airways plc*,

easyJet Airline Co. Ltd, International Air Transport Association, The Queen contre Civil Aviation Authority, C-581 et 629/10, *nep*

BOUCHER (J.), « Accords internationaux », *jscl. Europe Traité*, fascicule 192, 29 Mars 2007.

BOULANGER (F.), « Le nom de l'enfant, prérogative individuelle dans un contexte international », *D.*, 2008, pp. 845-847.

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 », *R.T.D. eur.*, 1992, pp. 456-462.
- « La jurisprudence de Cour de justice des Communautés européennes relative aux relations extérieures de la Communauté », *R.C.A.D.I.*, 1978, pp. 335-390.
- « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *R.C.A.D.I.*, 1992, pp. 17-79.

BOVERESSE (A.), « Tribunal de l'Union européenne », *Répertoire droit communautaire*, Paris, Dalloz, juin 2013.

BRONCKERS (M.)

- « Éditorial - La jurisprudence des juridictions communautaires relatives à l'OMC demande réparation : plaidoyer pour les droits des États membres », *Cah. dr. eur.*, 2001, pp. 3-14.
- « The relationship of the EC Courts with other International Tribunals : Non-committal, Respectful or Submissive? », *CML Rev.* 2007, pp. 601-627.
- « From direct effect to muted dialogue. Recent developments in European Courts », *JIEL*, 2008, pp. 885-898.

BRONCKERS (M.), **QUICK (R.)**, « What is a Countervailable Subsidy under EEC Trade Law? », *J.W.T.*, 1989, pp. 5-31.

BRONCKERS (M.), **KUIJPER (P.-J.)**, « WTO Law in the European Court of Justice », *CML Rev.*, 2005, pp. 1313-1355.

BROSSET (E.), « Le discours juridictionnel et les rapports entre ordres juridiques », in MICHEL (V.), (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à*

l'impératif de cohérence, Colloque de Strasbourg, 10-11 mai 2007, Strasbourg, PUS 2009, pp. 243-270.

BROUDE (T.), « From Pax Mercatoriato Pax Europea : How Trade Dispute Procedures Serve the EC's Regional Hegemony », in Paul Stephan (dir.), *Economics of the European Union Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007, pp. 319-336.

DE BÚRCA (G.), « The European Court of Justice in the International Legal Order after *Kadi* », *Harvard ILJ*, 2010, pp. 1-49

CANEDO (M.), « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *R.T.D. eur.*, 2000, pp. 451-510.

CANNIZZARO (E.)

– « Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario : il contributo della sentenza *intertanko* », in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 645-654.

– « The neo-monism of the European Union legal order, in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.), WESSEL (R.), (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 35-58.

CASOLARI (F.), « Giving effect to International Law within the EU Legal Order : The Doctrine of Consistent Interpretation », in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.), WESSEL (R.), (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 395-415.

CHARPENTIER (J.), « Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclus par la Communauté », *R.M.C.U.E.*, 1997, pp. 413-429.

CASTILLO DE LA TORRE (F.)

– « Anti-dumping Policy and Private Interest », *E.L. Rev.*, 1992, pp. 346-348 .

– « The status of GATT in EC law, revisited », *J.W.T.*, 1995, pp. 53-68.

CAULET (F.), « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTD eur.*, 2012, p. 594-45

CAVALLINI (J.), « Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes », *J.C.P. S.*, 26 juillet 2011, 1363, pp. 18-20

CHARPENTIER (J.), « Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclus par la Communauté », *R.M.C.U.E.*, 1997, pp. 413-421.

CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « L'État de droit au carrefour des droits nationaux et du droit international », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 57-69.

CHEYNE (I.), « International Instruments as a Source of Community Law », in DASHWOOD (A.), HILLION (C.), (dir.), *The general Law of E.C. External Relations*, Londres, Sweet and Maxwell, 2000, pp. 254-275.

CHRISTIANOS (V.), « La diversité des cultures juridiques et la prise de décision eu sein de la Cour de justice de l'Union européenne », in BOT (Y.), LEVITS (E.), ROSAS (A.), *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, la Haye, Asser Press, 2013, pp. 562-567.

COLOMER (R.-J.), conclusions du 11 mai 2000 sur CJCE, *Roquette Frères SA*, C-88/99, *Rec. p.* I-10465.

CONSTANTINESCO (V.), « Note sur CJCE, 12 décembre 1972, *International fruit company contre Produktschap Voor Groenten En Fruit* » *J.D.I. (Clunet)*, 1973, pp. 523-527.

CONSTANTINESCO (V.), **SIMON (D.)**, « Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes », *R.T.D. eur.*, 1975, pp. 432-469.

COUTRON (L.)

- « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM. Note sous CJCE 8 septembre 2008, FIAMM, aff. jointes C-120/06 et C-121/06 », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 329-342.
- « La revanche de Khune ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE, 12 février 2008, 2008, aff. C-2/06) », *R.T.D. eur.*, 2009, pp. 69-90.
- « Révolution dans le contentieux de l'environnement : feu sur la jurisprudence *Plaumann* ! », *R.T.D. eur.*, 2012, pp. 607-614.
- « Premières précisions sur la clause Jégo-Quéré », *Rev. Aff. Eur.*, 2012, pp. 163-169.

CRAIG (P.), « *Francovich*, Remedies and scope of damages liability », *LQ Rev.*, 1993, pp. 595-621.

CREMONA (M.), « External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law », in

XENOPOULOS (X.), (dir.), *External relations of the EU and the member states: competence, mixed agreements, international responsibility, and effects of international law*, FIDE, 2006, national reports, Nicosia, 2006, pp. 319-360.

CRUZ VILLALON (P.)

- conclusions du 11 avril 2013 sur CJUE, *Leyla Ecem Demirkan contre Bundesrepublik Deutschland*, C-221/11, *nep*.
- conclusions du 20 juin 2013 sur CJUE, *Gemeinde Altrip Gebrüder, Hört GbR, Willi Schneider contre Land Rheinland-Pfalz*, C-72/12, *nep*.
- conclusions du 18 juillet 2013 sur CJUE, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT*, C-176/12, *nep*.

DAILLIER (P.), « Contribution au débat entre monisme et dualisme de l'ordre juridique de l'Union européenne », *R.M.C.U.E.*, 2009, n°529, p. 394-396.

DANI (M.), « Remediating European Legal Pluralism: The *FIAMM* and *Fedon* Litigation and The Judicial Protection of International Trade Bystanders », *EJIL*, 2010, pp. 303-340.

DELILE (J.F.)

- « À propos de l'arrêt *Vereniging Milieudefensie* : la seconde naissance de l'invocabilité Nakajima », *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 687-708.
- « Les interactions entre principe d'effectivité et droit procédural écrit de l'Union européenne : *virtus unita fortior* », *Ann. dr. eur. 2012*, 2014, pp. 187-214.

DENZA (E.)

- « Placing the European Union in International Context: Legitimacy of the Case Law », in ADAMS (M.), DE WAELE (H.), MEEUSEN (J.), STRAETMANS (G.), (dir.), *Judging Europe's judges. The legitimacy of the Case Law of the Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, pp. 175-195.
- « A note on Intertanko », *E.L. Rev.*, 2008, pp. 870-879

DEWOST (J.L.), « La Communauté Européenne et l'organisation mondiale du commerce », in *dynamiques du droit européen en début de siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, Paris, 2004, pp. 647-655.

DITTERT (D.), « Les droits des citoyens de l'Union : vers un statut détaché de tout élément transfrontalier ? », *Rev. aff. eur.*, 2011, pp. 223-229.

DONNAT (F.), LAMBERT (C.), BROUSSY (E.), « La Cour refuse de dégager l'existence d'un régime communautaire de responsabilité sans faute », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 2327-2329.

DOPAGNE (F.), « L'appréciation de la validité d'actes communautaires au regard de conventions internationales (Marpol 73/78, Montego Bay) », *J.T.D.E.*, 2008, pp. 241-243.

DUBOS (O.)

– « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie ? », *J.C.P. G*, 2006, pp. 1293-1297.

– « L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster*) », *R.F.D.A.* 2003, pp. 568-575.

– « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », in NEFRAMI (E.), (dir.), *Objectifs et compétence dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 293-314.

DUBOUT (E.)

– « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), TOUZE (S.), (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 17-52.

– « Cour de justice, 22 novembre 2005, *W. Mangold contre R. Helm* », *Rev. Aff. Eur.*, 2005, pp. 723-733.

DUMON (F.), « La notion de disposition directement applicable en droit européen », *Cah. dr. eur.*, 1968, pp. 369-398.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « L'effet direct des accords internationaux », in Yves BOT , Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, la Haye, Asser Press, 2013, pp. 637-657.

ECKES (C.), « International Law as Law of the EU : the role of the Court of Justice », in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.), WESSEL (R.), (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 353-377.

EDWARD (D.)

- « Direct Effect : Myth, Mess or Mystery », in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Prinszen & Schrauwen (eds.), 2002, pp. 3-13.
- « Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini* (Essays in honour of Giuseppe Federico Mancini), Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, Volume II, pp. 423-443.

EECKHOUT (P.)

- « The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedom as an integral part of EU Law – Some reflections on status and effect », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 87-99.
- « The International Legal Order : black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos* », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, pp. 169-179.
- « Case C-308/06, The queen on the application of Intertanko and Others v. Secretary of State for Transport », *CML Rev.*, 2009, pp. 2041-2057.
- « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union. Some Further Reflections », *JIEL*, 2002, pp. 91-110.
- « Case Law: Case 61/94, *Commission versus Germany*. Annotation », *CML Rev.*, 1998, pp. 557-566.
- « The domestic status of the WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems », *CML Rev.*, 1997, p. 11-58.

EECKHOUT (P.), TRIDIMAS (T.), « The external competence of the Community and the case law of the Court of Justice: Principle versus pragmatism », *YB. Eur. L.*, 1994, pp. 143-177.

EILMANSBERGER (T.), « The Relationship Between Rights and Remedies in EC Law: in Search of the Missing Link », *CML Rev.*, 2004, pp. 1199-1246.

ELEFThERiADiS (P.), « The Direct Effect of Community Law : Conceptual Issues », *YB. Eur. L.*, 1996, pp. 205-221.

EVERLING (U.), « Will Europe slip on Bananas? The bananas judgement of the Court of justice and national Courts », *CML Rev.*, 1996, pp. 401-437.

FAVOREU (L.), **OBERDORFF (H.)**, « Droit constitutionnel et droit communautaire - Les rapports de deux ordres juridiques », *R.M.C.U.E.*, 2000, pp. 94-99.

FIGUEROA REGUEIRO (P.V.), « Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Development of the Case-Law of 'Horizontal' Direct Effect of Directives », Jean Monnet Working Paper, disponible sur internet : <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/papers02.html>.

FORTEAU (M.), « La CJCE et le Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations Unies – quelques remarques iconoclastes », *R.M.C.U.E.* 2009, n°529, pp.397-402.

GAGLIARDI (A.F.), « The right of individuals to invoke the provisions of mixed agreements before the national courts: a new message from Luxembourg? », *E.L. Rev.*, 1999, pp. 276-292.

GAJA (G.)

– « Trends in judicial activism and judicial self-restraint relating to Community agreements », in CANNIZZARO (E.), (dir.), *The European Union as an Acotr in International Relations*, la Haye, Kluwer Law International, 2002, pp. 117-134.

– « The European Community's Rights and Obligations under Mixed Agreements », in O'KEEFFE (D.), SCHERMERS (H.) (dir.), *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 133-140.

GALMOT (Y.), **BONICHOT (J.-C.)**, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *R.F.D.A.*, 1988, pp. 15-25.

GATTINARA (G.), « Consistent interprÉtation of WTO Rulings in EU Legal Order », in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.), WESSEL (R.), (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 269-287.

GAUDIN (H.)

- « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Union de droit, union des droits, mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 639-656.
- « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (2011) », *R.D.P.*, 2012, n° 5, pp. 1459-1483.
- « Diversité et évolution des champs d'application du droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2003, pp. 7-20.
- « La Cour de justice, cour constitutionnelle ? », *Rev. Aff. Eur.*, 2000, pp. 209-221.

GAUTIER (M.), « Lutte contre le terrorisme international et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la CJCE », *J.C.P. G*, 2008, pp. 37-40

GAUTIER (M.), **MELLERAY (F.)**, « Le champ d'application matériel, limite du droit communautaire - Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2003, pp. 27-36.

GAUTRON (J.-C.)

- « L'ordre juridique communautaire et le droit international : quelles articulations », in **BEN ACHOUR (Y.)**, **LAGHMANI (S.)**, (dir.), *Droit communautaire et mondialisation*, Tunis, Centre de publications Universitaires, 2003, pp. 43-71.
- « Le droit directement applicable dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *A.F.D.I.*, 1974, pp. 905-923.
- « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in **Joël RIDEAU** (dir.), *De la Communauté de droit à L'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 25-64.
- « Rapport de synthèse (le champ d'application du droit communautaire) », *Rev. Aff. Eur.*, 2003, pp. 111-115.

GAUTRON (J.-C.), **GRARD (L.)**, « Le droit international dans la construction de l'UE », in **GAUTRON (J.-C.)**, **GRARD (L.)**, (dir.) *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque SFDI de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 11-151.

GÁSPÁR-SZILÁGYI (S.)

- « The “primacy” and “direct effect” of EU International Agreements », *Eur. Pub. Law*, 2015, *nep.*
- « EU International agreements through a U.S. lense - Different methods of interprÉtation, tests and the issue of “rights” », *E.L. Rev.*, 2014, *nep.*

GEELHOED (L.A.), conclusions du 1er décembre 2005 sur CJCE, *Franz Egenberger GmbH Molkerzei und Trcokenwerk contre Bundesanstaltd für Landwirstschaft und Ernährung*, C-313/04, *Rec. p. I-6331.*

VAN GERVEN (W.), conclusions du 7 mars 1989 sur CJCE, *Fédération de l’industrie de l’huilerie de la CEE (Fediol) contre Commission des Communautés européennes*, 70/87, *Rec. p. 1781.*

GIANELLI (A.), « Customary International Law in the European Union », in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.), WESSEL (R.), (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 93-110

GIRERD (P.), « Les principes d’équivalence et d’effectivité », *R.T.D. eur.*, 2002, pp. 75-103.

GRANVIK (L.), « Incomplete Mixed Environmental Agreements of the Community and the Principle of Bindingness », in KOSKENNIEMI (M.) (dir.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague, Kluwer, 1998, pp. 255-271.

GRARD (L.)

- « L’invocabilité communautaire du droit international », in *L’Union européenne : Union de droit, Union des droits- Mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 655-668.
- « Responsabilité en cas de rejets de polluants accidentel », *R.D.T.*, septembre 2008, pp. 43-45

GROUX (J.), « L’“invocabilité en justice” des accords internationaux des Communautés européennes », *R.T.D. eur.*, 1983, pp. 203-232.

GUIORGUEFF (J.), « Les règles de recevabilité concernant les actions des particuliers et la Convention d’Aarhus : entre inflexibilité et faveur du juge de l’Union européenne à l’égard du droit international de l’environnement », *Rev. Aff. Eur.*, 2013, pp. 629-642.

GULMANN (C.), conclusions du 8 juin 1994 sur CJCE, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, C-280/93, *Rec.* p. I-4973.

HAHN (M.), SCHUSTER (G.), « Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la communauté - L'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne », *R.G.D.I.P.*, 1995, pp. 367-384.

HAMENSTÄDT (K.), EHNERT (T.), « Case C-240/09, Lesoochránárske zoskupenie VLK v. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011 », *M.J.E.C.L.*, 2011, pp. 359-366.

HATZOPOULOS (V.), « De l'arrêt Foglia à l'arrêt TWD Textilwerke », *R.M.C.U.E.*, 1994, pp. 195-219.

HELIKOSKI (J.), « Annotation of Case *Parfums Christian Dior SA* », *CML Rev.*, 2002, pp. 159-174.

HILLION (C.)

– « Annotation of Cases C-63/99 *Gloszczuk*; C-235/99 *Kondova*; C-257/99 *Barkoci and Malik*; Case C-268/99 *Jany e.a.*, Case C-162/00 *Poprzepowicz-Meyer* », *CML Rev.*, 2003, pp. 465-491.

– « Annotation of Case C-265/03, *Igor Simutenkov contre ministerio de educación y cultura et Real Federación Española de Fútbol* », *CML Rev.*, 2008, pp. 815-840.

HIX (J.-P.), « Indirect effect of international agreements: Consistent Interprétation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts », Jean Monnet Working Paper 3/13, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/13/documents/JMWP03Hix.pdf>, 188 p.

HOLDGAARD (R.), « Annotation of Cases C-431/05 *Merck Généricos - Produtos Farmacêuticos Lda v. Merck & Co. Inc. (M. & Co.) and Merck Sharp & Dohme Lda MSL*, Judgment of the Court of Justice Grand Chamber of 11 September 2007, 2007 ECR I-7001 », *CML Rev.*, 2008, pp. 1233-1250.

JÄÄSKINEN (N.), conclusions du 8 mai 2014 sur CJUE, *Conseil de l'Union européenne, Parlement européen, Commission européenne contre Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, affaires jointes C-401/12 P, C-402/12 P et C-403/12 P, *nep.*

JACOBS (F.G.)

- conclusions du 16 novembre 2000 sur CJCE, *Nachi Europe*, C-239/99, *Rec.* p. I-1200.
- conclusions du 14 juin 2001 sur CJCE, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-377/98, *Rec.* p. I-7079.
- conclusions du 10 juillet 2003 sur CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Jégo-Quéré et Cie SA*, C-263/02 P, *Rec.* p. I-3425.

JACQUE (J.-P.)

- « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *R.T.D. eur.*, 2009, pp. 161-179.
- « Cours général de droit communautaire », *R.C.A.D.E.*, 1990, pp. 237-367.
- « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2008, pp. 715-717.

JAEGER (M.), « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », *Mélanges en l'Honneur de Fernand Schockweiler*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 233-253.

JANS (J.H.), « Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order », *Rev. E.A.L.*, 2011, pp. 87-99.

DE KERCHOVE (G.), **MARQUADT (S.)**, « Les accords internationaux conclus par l'Union européenne », *A.F.D.I.*, 2004, pp. 803-825.

KADDOUS (C.), « Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », in *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éditions de l'Université libre de Bruxelles, vol. II, 2003, pp. 107-126.

KAKOURIS (C.), « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Du droit international de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 319-347.

KLABBERS (J.), « International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect », *YB. Eur. L.*, 2002, pp. 263-298.

KOKOTT (J.)

- « International Law – A neglected « integral » part of the EU legal order ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 60-83.
- conclusions du 14 octobre 2004 sur CJCE, *Silvio Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Rec.* p. I-3565.
- conclusions du 20 novembre 2007 sur CJCE, *International Association of Independent Tanker Owners (intertanko) et a. contre Secretary of State or Transport*, C-308/06, *Rec.* p. I-4057.
- conclusions du 6 octobre sur CJUE, *The Air Transport Association of America e.a. Contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, *Rec.* p. I-13755
- conclusions du 18 octobre 2012 sur CJUE, *David Edwards e.a. contre Environment Agency*, C-260/11, *nep.*
- conclusions du 13 janvier 2013 sur *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. contre Parlement et Conseil*, C-583/11, *nep.*

KOKOTT (J.), DIEHN (T.), « Casenote: ECJ, Case C-377/98, Kingdom of the Netherlands v. European Parliament & Council of the European Union », *AJIL*, 2002, pp. 950-955.

KOSKENNIEMI (M.), « International Law in Europe : Between Tradition and Renewal », *EJIL*, 2005, pp. 113-124.

KOUTRAKOS (P.), « The interprétation of mixed agreements under the preliminary reference procedure », *E.F.A. Rev.*, 2002, pp. 25-52.

KOVAR (R.)

- « L'applicabilité directe du droit communautaire », *J.D.I. (Clunet)*, 1973, p. 279.
- « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *R.C.A.D.E., Collected Courses of the Academy of European law*, vol. 4, Dordrecht, Martinus Nijoff Publishers, 1995, pp. 15-122.
- « Éloge tempéré de l'incohérence », in MICHEL (V.), (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Colloque de Strasbourg, 10-11 mai 2007, Strasbourg, PUS 2009, pp. 41-46.

KRAWCZYK (D.), « The Slovak Brown Bear Case: The ECJ hunts for jurisdiction and environmental plaintiffs gain the trophy », *Env.L. Rev.*, 2012, pp. 53-66.

KUIJPER (P.J.)

- « “It shall contribute ... the Strict Observance and Development of International Law” – The Role of the Court of justice », in BOT (Y.), LEVITS (E.), ROSAS (A.), *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la construction de l’Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, la Haye, Asser Press, 2013, pp. 589-612.
- « The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story », in Enzo Cannizzaro (dir.) *The Law of Treaties Beyond The Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 256-278.
- « Customary International, Decisions of International Organizations and Other Techniques for Ensuring Respect of International Legal Rules in European Community Law », WOUTERS (J.), NOLLKAEMPER (A.), DE WET (E.), (dir.), *The Europeanisation of International Law*, la Haye, T.M.C. Asser press, 2008, pp. 87-106.
- « From Initiating Proceedings to Ensuring Implementation: The Links with the Community Legal Order », in SACERDOTI (G.), YANOVICH (A.), BOHANES (J.), (dir.), *The WTO at ten*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 266-281.
- « Epilogue: Symbiosis? », in *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Prinssen & Schrauwen (eds.), 2002, pp. 253-267.

LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le statut des accords OMC dans l’ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l’invocabilité », *R.T.D. eur.*, 2006, pp. 249-288.

LAGRANGE (M.)

- conclusions du 29 novembre 1961 sur CJCE, *Commission contre Italie*, 7/61, *Rec.* p. 635.
- « Discours prononcé à l’audience solennelle de la Cour, le 8 octobre 1964 », Luxembourg, disponible sur internet : http://www.cvce.eu/obj/discours_de_maurice_lagrange_8_octobre1964-fr-f2f00c1c-2587-497f-ace0-6890bf0cb85f.html, pp. 1-5.

– « La Cour de justice des Communautés européennes. Du plan Schumann à l'Union européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse, La construction européenne, vol. 2 : La construction européenne*, Bruxelles, éditions Labor, 1979, pp. 127-135.

DE LAUBADERE (A.), « Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *R.C.A.D.I.*, 1964, pp. 527-601.

LAVRANOS (N.), « The Chiquita and Van Parys judgments: an exception to the Rule of Law », *L.I.E.I.*, 2005, pp. 449-460.

LE BEAU-FERRARESE (B.), « La réception du protocole de Kyoto en droit européen », *R.T.D. eur.*, 2010, pp. 55-76.

LEBEN (C.), « Nature des communautés », *Droits*, 1991, n°14, pp. 64-71.

LECOURT (R.), « La protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », *D.*, 1967, pp. 51-56.

LEGER (P.)

– conclusions du 17 janvier 1995 sur CJCE, *Commission contre Noonan*, C-448/93, *Rec. p.* I-2321.

– conclusions du 11 janvier 2000 sur CJCE, *Grand-Duché de Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, C-287/98, *Rec. p.* I-6917

– conclusions du 6 avril 2006 sur CJCE, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, *Rec. p.* I-7723.

LEGRAND (P.), « European Legal systems are not converging », *ICLQ*, 1996, pp. 52-81.

LENAERTS (K.)

– « Direct effect and direct applicability of international law in EU legal order », in *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 45-64.

– « Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union », *Revue de la Faculté de Droit de L'université de Liège. Hommage à Pierre Pescatore*, 2010, pp. 505-518.

– « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *R.T.D. eur.*, 2001, pp. 487-528.

– « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, vol. 1*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 423-457.

LENAERTS (K.), CORTHAUT (T.), « Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law », *E.L. Rev.*, 2006, pp. 287-315.

LERAY (E.), POTTEAU (A.)

– « Réflexions sur la cohérence du système de contrôle de la légalité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *R.T.D. eur.*, 1998, n°4, pp. 535-571.

– « L'intégration du droit international coutumier dans l'ordre juridique communautaire », *J.C.P. G*, 3 février 1999, pp. 278-281.

L'HUILLIER (J.), « Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *D.*, 1953, pp. 63-66.

LO SCHIAVO (G.), « Arrêt Air Transport Association of America e.a. c. Secretary of State for Energy and Climate Change », *R.D.U.E.*, 2012, pp. 736-741

LOUIS (J.-V.)

– « Conclusions générales » in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013, pp. 205-225.

– « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461

– « L'insertion des accords internationaux dans l'ordre juridique de la Communauté et des États membres », in DONY (M.), LOUIS (J.-V.), (dir.), *Le droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne. Commentaire Mégret. Tome 12 : Relations extérieures*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2005, pp. 113-140

– « Les accords antérieurs conclus par les États membres et le droit communautaire », in DONY (M.), LOUIS (J.-V.), (dir.), *Le droit de la Communauté européenne et de l'Union européenne. Commentaire Mégret. Tome 12 : Relations extérieures*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2005, pp. 201-211.

MADURO (L.M.P.)

- conclusions du 16 janvier 2008 sur CJCE, *Yassin Abdullah Kadi contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-402/05, Rec. p. I-6351.
- conclusions du 20 février 2008 sur CJCE, *FIAMM Technologies contre Conseil et Commission et Giorgio Fedon & Figli SPA et Fedon America contre Conseil et Commission*, C-120/06 et C-121/06 P, Rec. p. I-6513.

MALENOVSKÝ (J.), « La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga trentenaire de la domestication du droit international public », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 27-59.

MANIN (P.)

- « L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire », in *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque SFDI de Bordeaux, colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 152-168.
- « À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *R.T.D. eur.*, 1997, pp. 399-428
- « L'invocabilité des directives, quelques interrogations », *R.T.D. eur.*, 1990, pp. 669-692.
- « L'article 228, paragraphe 2 du traité CEE », *Etudes de droit des Communautés européennes : Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 289-310.

MARESCEAU (M.)

- « The GATT in the case-Law of the European Court of Justice », in HILF (M.), JACOBS (F.G.), PETERSMANN (E.-U.), (dir.) *The European Community and the GATT*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 107-126.
- « The Court of Justice and Bilateral Agreements », in Yves BOT, Egils LEVITS, Allan ROSAS, *The Court of Justice and the construction of Europe = La Cour de Justice et la*

construction de l'Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law. analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence, la Haye, Asser Press, 2013, pp. 693-717.

MARIATTE (F.)

- « Le juge communautaire et l'effet des décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Rapide examen des arrêts de la Cour, du 1^{er} mars 2005, aff. C-377/02, van Parys, et du Tribunal, du 3 février 2005, aff. T-19/01, Chiquita Brands et a. contre Commission », *Europe*, mai 2005, pp. 7-11.
- « La sécurité intérieure des États-Unis... ne relève pas des compétences externes de la Communauté », *Europe*, juillet 2006, pp. 4-8.

MARTINEZ (F.), « Direct Effect of the International Agreements of the European Union », *EJIL*, 2014, pp. 129-147.

MASSON (A.), « La confirmation par l'arrêt Parys v. Belgische Interventie-EN Restitutiebureau de l'articulation paradoxale du droit de l'OMC et du droit communautaire », *R.M.C.U.E.*, 2006, pp. 187-194.

MASSON (A.), **MICHEAU (C.)**, « The Werner Mangold case : An Example of Legal Militancy », *E.P.L.*, 2007, pp. 587-593

MAUBERNARD (C.), « Le "droit fondamental à la dignité humaine" en droit communautaire: la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.T.D. eur.*, 2003, pp. 483-513.

MAYER (F.C.), « European law as a door opener for public international law? », in *Droit international et diversité de cultures juridiques - international law and diversity of legal cultures*, Paris, Pedone, 2008, pp. 241-255.

MAYRAS (H.)

- conclusions du 25 octobre 1972 sur CJCE, *International Fruit Company contre Produktschap Voor Groenten En Fruit*, 21 à 24/72, *Rec.* p.I-1237.
- conclusions du 27 juin 1973 sur CJCE, *Merkur-Außenhandels-GmbH contre Commission*, 43/72, *Rec.* p. 1055.
- conclusions du 13 novembre 1974 sur CJCE, *Yvonne Van Duyn contre Home Office*, 41/74, *Rec.* p. 1335.

MAZAK (J.), conclusions du 15 février 2007 sur CJCE, *Félix Palacios de la Villa contre Cortefiel Servicios SA*, C-411/05, *Rec. p.* I-8531

MEHDI (R.)

- « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.), (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 295-330.
- « Ordre juridique communautaire. Effet direct », *Jscl. Europe-Traité*, fasc. n° 195, 2007.
- « Les retombées de la Communauté de droit dans les États de droit », in Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 377-422.
- « Le respect de l'État de droit en droit européen et dans les relations extérieures de l'Union européenne », in D'ARGENT (P.), CORTEN (O.), KLEIN (P.), *L'État de droit en droit international, Colloque SFDI de Bruxelles*, Paris, Pedone, 2009, pp. 219-248

MENDEZ (M.)

- « The enforcement of EU agreements: bolstering the effectiveness of Treaty Law? », *CML Rev.*, 2010, pp. 1719-1756.
- « The legal effect of Community Agreements: Maximalist Treaty enforcement and judicial avoidance techniques », *EJIL*, 2010, pp. 83-104.

MENGOZZI (P.)

- « La Cour de justice et l'applicabilité des règles de l'OMC en droit communautaire à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil », *R.D.U.E.*, 2000, pp. 509-522.
- « Les particularités des accords OMC et le problème de leur invocabilité devant les juges communautaires », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits- Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, pedone, 2010, pp. 879-890.
- conclusions du 15 février 2007 sur CJCE, *Řízení letového provozu ČR, s.p. contre Bundesamt für Finanzen*, C-335/05, *Rec. p.* I-4307.

MERCHIERS (L.), « Rapport fait au nom de la Commission juridique du parlement européen sur les problèmes posés par l'application de l'article 177 du Traité CEE », Parlement européen, Documents de séance, 69/70, n°94, 15 septembre 1969.

MERTENS DE WILMARS (J.)

- « Réflexions sur le système d’articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L’Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 391-408.
- « L’efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *Cah. dr. eur.*, 1981, pp. 379-409.

DE MEY (D.), COLOMO (P.I.), « Recent developments of the invocability of the WTO Law in the EC: A wave of mutilation », *E.F.A. Rev.*, 2006, pp. 63-86.

MONJAL (P.Y.), « La Cour de Justice et les accords externes conclus par la CE : une intégration contrôlée par l’ordre juridique communautaire », *Mélange en l’hommage de Guy Isaac*, Presse universitaire des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 409-448.

MÜLLER (D.), « Union européenne et responsabilité internationale », in *Union européenne et droit international. Mélanges en l’honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 339-358.

NEFRAMI (E.)

- « Quelques réflexions sur l’article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE et l’obligation de l’État membre d’assurer la protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l’Union », in *La Constitution, l’Europe et le droit : Mélanges en l’honneur de Jean-Claude Masplet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 805-816.
- « Mixed Agreements as a Source of European Union Law », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 325-349.
- « Accords internationaux : Fondement, élaboration, liens conventionnels », *jscl. Europe Traité*, fasc. 192-1, 2011.
- « Accords internationaux : statut des accords internationaux dans l’ordre juridique de l’Union européenne », *jscl. Europe Traité*, fasc. 192-2, 2011.
- « The Duty of Loyalty : Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations », *CML Rev.*, 2010, pp. 323-359.

- « À propos du principe de primauté », in *Le Traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 199-221.
 - « Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne », in Valérie MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Colloque de Strasbourg, 10-11 mai 2007, Strasbourg PUS 2009, pp. 49-79.
 - « Renforcement des obligations des États membres dans le domaine des relations extérieures », *R.T.D. eur.*, 2009, pp. 601-638.
 - « L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes : à propos de l'arrêt *Merck Généricos-productos Farmacêuticos Lda* de la CJCE du 11 septembre 2007 », *R.M.C.U.E.*, 2007, pp. 227-232.
 - « La compétence de la Cour de Justice pour interpréter l'accord TRIPs selon l'arrêt "Christian Dior" », *R.D.U.E.*, 2001, pp. 491-519.
 - « Le rapport entre objectif et compétences : de la structuration et de l'identité de l'Union européenne », NEFRAMI (E.), (dir.), *Objectifs et compétence dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-26.
- NEUWAHL (N.)**, « Le droit des particuliers d'invoquer les accords internationaux de la Communauté européenne devant les cours nationales », *R.Q.D.I.*, 2002, pp. 39-55.
- NOLTE (G.)**, « Freedom of Movement for Workers and EEC-Turkey Association Agreement », *CML Rev.*, 1988, pp. 403-415.
- PALLEMAERTS (M.)**, « Access to Environmental Justice at EU Level : has the "Aarhus Regulation" improved the Situation? », in Marc PALLEMAERTS (dir.), *The Aarhus Convention at ten*, Groningen, Europa, 2011, pp. 271-312.
- PELLET (A.)**, « constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme », *R.M.C.U.E.*, pp. 415-418.
- PERNICE (I.)**
- « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution making revisited », *CML Rev.*, 1999, pp. 703-750.
 - « Multilevel Constitutionalism in the European Union », *E.L. Rev.*, 2002, pp. 511-529.

- « The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action », *CJEL*, 2009, pp. 348-407.

PERTEK (J.), « Renvoi préjudiciel. Renvoi préjudiciel en appréciation de validité », *JscI Europe- Traité*, n°362.

PESCATORE (P.)

- « L'application directe des traités européens par les juridictions nationales », *R.T.D. eur.*, 1969, pp. 697-723.
- « L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problèmes des effets directs du droit communautaire », *R.T.D. eur.*, 1970, pp. 296-302
- « The doctrine of direct effect: An infant disease of Community Law », *E.L. Rev.*, 1983, pp. 155-177
- « L'effet direct des directives : une tentative de démythification », *Sir.*, 1980, pp. 171-176.

PETERS (A.), « The Position Of International Law Within the Community Legal Order », *GYIL*, 1997, pp. 9-77.

PETERSMANN (E.-U.), « Proposals for a new Constitution for the European Union : building-blocks for a Constitutional theory and Constitutional law in the EU », *CML Rev.*, 1995, pp. 1123-1175.

PICOD (F.)

- « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, pedone, 2010, pp. 907-920.
- « Pour une développement durable des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *Chemins d'Europe : Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 527-547.
- « La normativité du droit communautaire », *C.C.C.*, 2007, pp. 94-99.
- « Le développement de la juridictionnalisation », *in RIDEAU (dir.) (dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-286.

PLATON (S.), « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci : de la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *R.T.D. eur.*, 2012, pp. 23-52.

POPOV (A.), « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du Traité Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne. Est-il (encore) légitime d'évoquer l'existence d'une "tache dans le paysage du droit communautaire que constitue la jurisprudence sur la recevabilité" ? », *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 167-194.

PRECHAL (S.)

– « Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union », in BARNARD (C.), (dir.), *The Fundamentals of EU Law revisited: Assessing impact of the Constitutionnal debate*, oxford, Collected Courses of the Academy of European Law, 2007, pp. 35-68.

– « Does direct effect still matter? », *CML Rev.*, 2000, pp. 1047-1069.

– « Direct effect reconsidered, redefined and rejected », in *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, Prinssen & Schrauwen (eds.), 2004, pp. 17-41.

PRECHAL (S.), **WIDDERSHOVEN (R.)**, « Redefining the Relationship between « Rewe-effectiveness and Effective Judicial Protection », *Rev. E.A.L.*, 2011, p. 31-50.

PUISSOCHET (J.-P.), « La place du droit international dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 779-807.

PY (E.), « Un an de droit des brevets », *PI*, 2013, pp. 27-35.

RAYNARD (J.), « Droit des brevets et du savoir-faire industriel », *D.*, 2013, pp. 1374-1384.

REISCHL (G.), conclusions du 20 février 1979 sur CJCE, *Ministère public contre Tullio Ratti*, 148/78, *Rec.* p. 1629

REUTER (P.), « La Cour de Justice des Communauté Européennes et le droit international », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Tribune de Genève, 1968, p. 263-283.

RIDEAU (J.)

- « Accords internationaux », *Répertoire droit communautaire*, Paris Dalloz, 2011.
- « Union européenne, nature valeurs et caractères généraux », », *jscl. Europe Traité*, fasc. 110, 18 novembre 2011
- « La participation de l'Union européenne aux organisations internationales », in *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque de Bordeaux*, SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp. 303-386.
- « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 289-418.
- « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *Sir.*, 1974, pp. 147-156.
- « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », in Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 3-7.

RITLENG (D.)

- « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *R.T.D. eur.*, 2009, pp. 677-697.
- « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, T.II, Toulouse, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 735-772.
- « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *A.J.D.A.*, 1999, p. 645.

RIVERO (J.), « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la C.E.C.A. », *A.F.D.I.*, 1958, pp. 295-308.

RODRIGUEZ IGLESIAS (G.C.), « Allocution du président de la Cour de justice. Monsieur Gil Carlos Rodriguez Iglesias », *Le tribunal de première instance des Communautés européennes 1989-1999. Actes du colloque organisé à l'occasion du dixième anniversaire du Tribunal de première instance des Communautés européennes le 19 octobre 1999*, Luxembourg, Office des Publications officielles de la Cour de justice des Communautés européennes, 2000, pp. 8-9.

ROEMER (K.)

- conclusions du 12 décembre 1962 sur CJCE, *N.V. Algemene Transport- En expeditie Onderneming Van Gend & Loos*, 26/62, *Rec.* p. 29
- conclusions du 9 février 1965 sur CJCE, *Marcello Sgarlata contre Commission*, 40/64, *Rec.* p. 279
- conclusions du 18 novembre 1971 sur CJCE, *Commission contre République française*, 7/71, *Rec.* p. 1023
- conclusions du 18 septembre 1973 sur CJCE, *Wilhelm Werhahn Hansamühle e.a. contre Conseil des Communautés européennes*, 63 à 69/72, *Rec.* p. 1229

ROSAS (A.), « The European Court of Justice and public international law », in WOUTERS (J.), NOLLKAEMPER (A.), DE WET (A.), (dir.), *The europeanisation of international law*, la Haye, T.M.C. Asser press, 2008, pp. 71-85.

ROZES (S.), conclusions du 1^{er} décembre 1981 sur CJCE, *Polydor e.a.*, 270/80, *Rec.* p. 329.

VAN ROSSEM (J.W.), « Interaction between EU law and International Law in the light of *Intertanko* and *Kadi* : the dilemma of Norms binding the Member States but not the Community », *NYIL*, 2009, pp. 183-227.

RUFFERT (M.), « Rights and remedies in European Community law : A comparative view », *CML Rev.*, 1997, pp. 307-336.

RUIZ-FABRI (H.)

- « Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in Antonio TIZZANO, Sacha PRECHAL, Julianne KOKOTT (dir.), *Cinquantième anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, actes du colloque de la Cour de justice du 18 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, pp. 189-195.
- « Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO Obligations? », *EJIL*, 2014, pp. 151-173.

DE SADELEER (N.)

- « Arrêt Erika : le principe du pollueur-payeur et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier », *J.T.D.E.*, 2008, pp. 239-241.

- « L'évaluation des incidences environnementales des programmes, plans et projets : à la recherche d'une protection juridictionnelle effective », *R.D.U.E.*, 2014, pp. 231-286.

SAGGIO (A.), conclusions du 25 février 1999 sur CJCE, *République portugaise contre Conseil de l'Union européenne*, C-149/96, *Rec. p.* I-7379.

- conclusions du 16 décembre 1999 sur CJCE, *Océano Grupo Editorial contre Rocío Murciano Quintero et Salvat Editores SA contre Sánchez Alcon Pradez*, C-240 à 244/98, *Rec. p.* I-4941.

SHARPSTON (E.)

- conclusions du 2 juillet 2009 sur CJCE, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening contre Stockholms kommun genom dess marknämnd*, C-263/08, *Rec. p.* I-9967.
- conclusions du 15 juillet 2010 sur CJUE, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, C-240/09, *Rec. p.* I-1255.
- conclusions du 16 décembre 2010 sur CJUE, 16 décembre 2010, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09, *Rec. p.* 3673.
- conclusions du 19 mai 2011 sur CJUE, *Boxus et Roua contre Région wallonne*, affaires jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, *Rec. p.* I- 9711.

SIMON (D.)

- « La panacée de l'interprétation conforme : injection homéopathique ou thérapie palliative ? », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 279-300.
- « Brevetabilité des produits pharmaceutiques et Accord ADPIC. La Cour prend position sur l'existence d'une compétence exclusive de l'Union dans le champ des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce couverts par l'accord ADPIC annexé aux accords OMC et apporte des précisions sur la brevetabilité des produits pharmaceutiques », *Europe*, octobre, 2013, pp. 39-40.

- « Droit international conventionnel et coutumier : l'invocabilité au cœur de la lecture juridictionnelle des rapports de systèmes – (à propos de l'arrêt Air Transport) », *Europe*, mai 2012, pp. 5-8.
- « Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », in *Union européenne et droit international : Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 139-157.
- « Effet direct. Commentaire sur CJUE gde ch., 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK* », *Europe*, mai 2011, pp. 9-11.
- « Rapport introductif : cohérence et ordre juridique communautaire », in Valérie MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Colloque de Strasbourg, 10-11 mai 2007, Strasbourg PUS 2009, pp. 25-40.
- « UE, OMC et États Unis », *Europe*, novembre 2008, pp. 22-24.
- « Statut de la convention de Montego Bay et de la convention Marpol dans l'ordre juridique communautaire », *Europe*, août 2008, pp. 11-12.
- « Invocabilité des accords OMC », *Europe*, novembre 2007, pp. 10-12.
- « Denys Simon, « Effet direct des directives non transposées », *Europe*, novembre 2007, pp. 15-16.
- « Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne, rapport de synthèse générale », in *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, actes du colloque du 4/5 décembre 2000, la documentation française, Paris, 2001, pp. 321-343.
- « Rapport général, les fondements de l'autonomie communautaire », in *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque de Bordeaux*, SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp. 207-250.
- « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé », *Europe*, mars 1999, pp. 4-6.

- « Les mécanismes juridictionnels dans la Communauté européenne », in *Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique en Europe et en Amérique : Colloque SFDI du Québec*, Paris, Pedone, 1993, pp. 59-78.
- « Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 481-493.
- « Commentaire sous CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH contre Bundesrepublik Deutschland* », , *J.D.I. (Clunet)*, 1995, pp. 438-440.

SIMON (D.), RIGAUX (A.), « Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat ; smart sanctions pour le tribunal de première instance ? », *Europe*, novembre 2008, pp. 5-11.

SMITH (M.), « Enforcement, Monitoring, Verification, Outsourcing : The Decline of Infringement Process », *E.L. Rev.*, 2008, pp. 777-802.

SNYDER (F.)

- « The gatekeepers, the European Courts and WTO Law », *CML Rev.*, 2003, pp. 313-367.
- « Constructing Relations Between Sites of Governance : The European Courts and WTO Law », in Francis SNYDER (dir.), *The EU, the WTO and China : Legal Pluralism and International Trade Regulation*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 153-208

STEINER (J.), « From direct effect to Francovich : shifting means of enforcement of Community law », *E.L. Rev.*, 1993, pp. 3-22.

STIX-HACKL (C.), conclusions du 11 janvier 2005 sur CJCE, *Igor Simutenkov contre ministerio de educion y culura et Real Federación Española de Fútbol*, C-265/03, *Rec. p.* I-2579

SUDRE (F.),

- « L'apport du droit international et communautaire à la protection des droits fondamentaux », in *Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles, colloque de Bordeaux, colloque de Bordeaux*, SFDI : Paris, Pedone, 2000, pp.163-191.

- « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 207-224.

TANCREDI (A.)

- « EC practice in the WTO : How wide is the scope of manoeuvre? », *EJIL*, 2004, pp. 933-961
- « On the absence of direct effect of the WTO dispute settlement body's decisions in the EU Legal Order », in Enzo CANNIZZARO, Paolo PALCHETTI, Ramses WESSEL (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 249-268.

TAXIL (B.), « La personne, entre ordre international et ordre européen : y a-t-il une spécificité du statut de l'individu en droit européen ? », *Ann. dr. eur.*, 2008, pp. 155-183.

TESAURO (G.)

- conclusions du 18 février 1993 sur CJCE, *Eurim-Pharm GmbH contre Bundesgesundheitsamt*, C-207/91, *Rec. p. I-3733*.
- conclusions du 7 mai 1996 sur CJCE, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, C-61/94, *Rec. p. I-3989*.
- conclusions du 13 novembre 1997 sur CJCE, *Hermès International (société en commandite par actions) contre FHT Marketing Choice BV*, C-53/96, *Rec. p. I-3603*.

THORNAY (B.), « L'effet direct des traités internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *R.D.U.E.*, 2006, pp. 325-368

TIZZANO (A.), conclusions du 18 novembre 2004 sur CJCE, *Van Parys contre Belgisch Interventie- en Restitutie bureau*, C-377/02, *Rec. p. I-1465*.

TRABUCCHI (A.), conclusions du 14 janvier 1976 sur CJCE, *Conceria Bresciani*, 87/75, *Rec. p. 129*.

TRSTENJAK (V.)

- conclusions du 8 septembre 2011 sur CJUE, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique contre Préfet de la région Centre*, C-282/10, *nep.*
- conclusions du 22 septembre 2011 sur CJUE, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, *Rec. p. I-13905*.

TRIDIMAS (T.), « Black, white and a shade of grey : horizontality of directives revisited », *YB. Eur. L.*, 2002, pp. 327-354

VIAL (C.), « Les doutes sur la validité de la directive 2005/35/CE sont levés », *Environnement*, août 2008, pp. 38-41.

WAHL (N.), conclusions du 26 septembre 2013 sur CJUE, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, C-363/12, *nep*.

WALBROECK (M.), « Les effets internes des accords internationaux conclus par la Communauté Economique Européenne », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Mélanges offerts à C. Chaumont*, Paris, pedone, 1984, pp. 579-591.

WALBROECK (D.), **VERHEYDEN (A.-M.)**, « Les conditions de recevabilité des recours en annulation contre les actes normatifs communautaires », *Cah. dr. eur.*, 1995, pp. 399-441.

WEILER (J.H.),

– « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration : an exploratory Essay », in Julie DICKSON, Pavlos ELEFThERiADIS, *Philosophical Foundations of European Union law*, Oxford University Press, 2012, pp. 137-158.

– « Individual Rights. The Sour Grapes », *EJIL*, pp. 277-280.

WEILER (J.H.), **HALTERN (U.R.)**, « The autonomy of the community legal order – through the looking glass », *Harv. ILJ*, 1996, pp. 411-448.

WESSEL (R.), « Reconsidering the relationship between international and EU law : towards a content-based approach? », in CANNIZZARO (E.), PALCHETTI (P.), WESSEL (R.), (dir.), *International Law as Law of The European Union*, Zeist, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 7-33.

WINTER (J.A.), « Direct applicability and direct effect two distinct and different concepts in community law », *CML Rev.*, 1972, pp. 425-438.

DE WITTE (B.)

– « Retour à Costa, la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *R.T.D. eur.*, 1984, pp. 425-454.

– « The emergence of a European system of public international law : the EU and its member States as strange subjects? », in WOUTERS (J.), NOLLKAEMPER (A.), DE WET (E.),

(dir.), *The Europeanisation of International Law*, la Haye, T.M.C. Asser press, 2008, pp. 39-54.

ZILLER (J.)

- « La dialectique du contentieux européen: le cas des recours contre les actes normatifs », *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 443-465.
- « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », *A.J.D.A.*, 1999, pp. 635-644.

ZONNEKEYN (G.)

- « The ECJ's Petrotub judgement: towards a revival of the "Nakajima Doctrine"? », *L.I.E.I.*, 2003, pp. 249-266.
- « EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions. Advocate General Alber Proposes a "Copernican Innovation" in the Case Law of the ECJ », *JIEL*, 2003, pp. 761-769.
- « The status of WTO law in the Community legal order: some comments in the light of the Portuguese Textiles case », *E.L. Rev.*, 2000, pp. 293-302.
- « The status of WTO law on the EC legal order: the final curtain? », *J.W.T.*, 2000, pp. 111-125.

C. Droit français

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses

ABRAHAM (R.), *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette supérieur, 1989, 223 p.

ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, 391 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif*, Paris, LGDJ, 663 p.

AUBY (J.-M.), DRAGO (R.)

– *Traité de contentieux administratif*, 2 T., LGDJ, 3^{ème} éd. 1984, 904 p. et 718 p.

– *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 686 p.

BATAILLER (F.), *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1966, 675 p.

BETAÏLLE (J.), *Les conditions juridiques de l'effectivité en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse, Université de Poitiers, 2012, 755 p.

BONICHOT (J.-C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2014, 1400 p.

BRACONNIER (S.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 590 p.

BRAIBANT (G.), (dédicataire), *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, 817 p.

BURDEAU (G.), (dédicataire), *Le Pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, 1190 p.

CAHIN (G.), POIRAT (F.), SZUREK (S.), (dir.), *La France et le droit international*, Paris, Pedone, 2007, 372 p.

CHAPUS (R.)

- *Droit administratif général*, T. 1, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, 1427 p.
- *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, 1540 p.
- (dédicataire), *Le droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, 716 p.

CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle des administrés au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Université Lille III, 2005, 1187 p.

CRUCIS (H.M.), *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, BDP, 1991, t. 161, 377 p.

DRAGO (G.), (dir.), *L'application directe de la Constitution par les Cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, 234 p.

DRAGO (R.), (dédicataire), *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, economica, 1996, 503 p.

DUPUY (P.-M.), (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence du conseil constitutionnel et du Conseil d'État, droit international et relations internationales*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2001, 128 p.

EISENMANN (C.)

- *Cours de droit administratif*. Tome 2, Paris, LGDJ, anthologie du droit, 908 p.
- (dédicataire), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, 467 p.

GOESEL-LE BIHAN (V.), *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la Ve République*, Paris, Pedone, 1995, 438 p.

GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.), (dir.), *Traité de droit administratif*, 2 tomes, Paris, Dalloz, 2011, 841 p. et 711 p.

GUYOMAR (M.), SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, hypercours, 3^{ème} éd., 2014, 582 p.

FAVOREU (L.), Gaïa (P.), GHEVONTIAN (R) et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 2014, 17^{ème} éd., 1055 p.

FAVOREU (L.), (dédicataire), *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, 1783 p.

FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, 777 p.

FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Monchrestien, 9^{ème} éd., 2014, 628 p.

HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2014, 800 p.

HAURIOU (M.), *Les éléments du contentieux*, Toulouse, Recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1905, 98 p.

HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1937, 597 p.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), (dédicataire), *Études juridiques, offertes à Léon Julliot de La Morandière par ses élèves et ses amis*, Paris, Dalloz, 1964, 668 p.

LABETOULLE (D.), (dédicataire), *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, 882 p.

LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, T.II, 2^{ème} éd., 1896, 709 p.

LAURENT-BOUTOT (C.), *La Cour de cassation face aux Traités de protection de droits de l'Homme*, Thèse, Université de Limoges, 2006, 597 p.

LEBRETON (J.-P.), *État de droit et urbanisme*, Paris, GRIDAUH, 2004, 292 p.

MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, 466 p.

MILACIC (S.), (dédicataire), *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic : Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 1148 p.

PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, collection des thèses, 2008, 709 p.

RAIMBAULT (P.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009, 693 p.

SECTION DU RAPPORT ET DES ETUDES DU CONSEIL D'ÉTAT

- *Le droit souple*, Paris, EDCE, La documentation française, 2013, 287 p.
- *Consulter autrement, Participer effectivement*, Paris, EDCE, La documentation française, 2011, 230 p.
- *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, EDCE, La documentation française, 2006, 412 p.
- *La norme internationale en droit français*, Paris, EDCE, La documentation française, 2000, 190 p.
- *Droit international et droit français*, Paris, EDCE, La documentation française, 1986, 120 p.

STIRN (B.), *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, 213 p.

TOURNIOL DU CLOS (J.), *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Université de Bordeaux, 1905, 135 p.

TROPER (M.), **CHAGNOLLAUD (D.)**, (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, 816 p.

VEDEL (G.), **DELVOLVE (G.)**, *Droit administratif*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 1992, 802 p.

WALINE (M.),

- *Notes D'arrêts de Marcel Waline. Volume 1 : Les bases du droit administratif (sources des règles, sujets actes)*, Paris, Dalloz, 2004, 852 p.
- (dédicataire), *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, 858 p.

2. Articles, chroniques, conclusions et contributions

ABRAHAM (R.)

- « L'articulation du droit interne et du droit international », CAHIN (G.), POIRAT (F.), SZUREK (S.), (dir.), *La France et le droit international*, paris, Pedone, 2007, pp. 257-278.
- « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in *Droit international et droit communautaire perspectives actuelles*, Paris, SFDI: colloque de Bordeaux, Pedone, 2000, pp. 281-293.
- « L'effet direct de certains stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant », conclusions sur CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, *R.F.D.A.*, 1998, pp. 562-565.
- « Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », Conclusions sur CE, 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, *R.F.D.A.*, 1997, pp. 585-597.
- « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit constitutionnel et administratif des États parties », *R.U.D.H.*, 1992, pp. 409-418
- « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », conclusions sur CE, ass, 29 juin 1990, *GISTI*, *A.J.D.A.*, 1990, pp. 621-629.
- « Les incidences de la CEDH sur le contentieux administratif français, », *R.F.D.A.*, 1990, p.1053

AGUILA (Y.)

- « L'effet direct des Conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 729-732
- « La valeur Constitutionnelle de la charte de l'environnement », conclusions sur CE, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, *R.F.D.A.*, 2008, pp. 1147-1164.
- « L'application anticipée des plans d'exposition au bruit », conclusions sur CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, n° 292942, *A.J.D.A.*, 20 juillet 2007, pp. 1527-1535

- « Une personne appelée par le juge est partie », conclusions sur CE, 10 janvier 2005, *Association Quercy-Périgord, A.J.D.A.*, 2005, pp. 332-335.

ALLAND (D.)

- « Le juge interne et les conflits de traités internationaux », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 26-37.
- « Le juge français et le droit d'origine internationale », in Pierre-Marie DUPUY (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du conseil Constitutionnel et du Conseil d'État, droit international et relations internationales*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2001, pp. 47-59.
- « L'application du droit international considéré du point de vue de l'office du juge: des habits neufs pour une vieille dame ? », *R.G.D.I.P.* 1998, pp. 203-244.
- « Jamais, parfois, toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des Conventions internationales », *R.G.D.I.P.*, 1996, pp. 599-652.
- « La coutume internationale devant le Conseil d'État: l'existence sans la primauté », *R.G.D.I.P.* 1997, pp.1053-1067.
- « Extradition », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 1016-1021.
- « Note sous CE sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez* », *R.G.D.I.P.*, 1993, pp 801-807.
- « Commentaire sous Cass. 10 mars 1993, *Lejeune* », *R.G.D.I.P.*, 1993, pp. 1051-1056.

AUBY (J.-B.), « La bataille de San Romano », *A.J.D.A.*, 2001, pp. 912-926.

DE BECHILLON (D.)

- « De quelques incidences du contrôle de la Conventionnalité des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 225-244.
- « Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 841-846.

BAILLEUL (D.), « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo* ? », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 876-889.

BERGEAL (C.), « Conformité d'une loi de validation au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sur CE, ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert, A.J.D.A.*, 1998, pp. 149-157.

BÉTAILLE (J.), « The direct effect of the Aarhus Convention as seen by the French ‘Conseil d’État’ », *ELNI Rev.*, 2009, pp. 63-74 .

BONNET (B.), « Le Conseil d’État et la Convention internationale des droits de l’enfant à l’heure du bilan. De l’art du pragmatisme... », *D.*, 2010, pp. 1031-1038.

BOUCHER (J.), « Le droit international, le droit communautaire et le droit interne et... le juge administratif », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 1085-1091.

BOULOUIS (J.), « L’applicabilité directe des directives, à propos de l’arrêt Cohn Bendit du Conseil d’État », *R.M.C.U.E.*, 1979, pp. 104-110.

BRAIBANT (G.)

– « Le principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État », in *La déclaration des droits de l’Homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque du Conseil constitutionnel des 25 et 26 Mai, Paris, P.U.F., recherches politiques, 1989, pp. 97-110.

– « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d’État », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l’honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 185-192.

BRAIBANT (G.), **DRAGO (R.)**, **GAUDEMET (Y.)**, **LABETOULLE (D.)**, **LYON-CAEN (A.)**, **LE MIRE (P.)**, **MOREAU (J.)**, **VEDEL (G.)**, **WAQUET (P.)**, « Questions du droit administratif », *A.J.D.A.*, Juin 1995, n° spécial, pp. 11-34.

BURDEAU (G.), « Les engagements internationaux de la France et les exigences de l’État de droit », *A.F.D.I.*, 1986, pp. 837-856.

BONNARD (R.), « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.*, 1932, pp. 695-728.

BONNET (B.), « Le Conseil d’État, la Constitution et le droit national », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 56-69.

BOULOUIS (J.), « À propos de l’arrêt *Nicolo* », *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 91-102.

BUFFET-TCHAKALOFF (M.-F.), « L’interprétation des Traités internationaux par le Conseil d’État - L’arrêt *GISTI* », *R.G.D.I.P.*, 1991, pp. 109-124.

CANEDO-PARIS (M.)

– « Le juge administratif, le droit international et la responsabilité : un trio infernal ? », *R.F.D.A.*, 2007, pp. 789-802.

- « La responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles », *L.P.A.*, 2007, pp. 11-23

CARPENTIER (E.), « Le juge administratif et la charte constitutionnelle de l'environnement », *R.D.P.*, 2009, pp. 450-480

CARPENTIER (H.), **TREMEAU (J.)**, « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 553-579

CASSIA (P.), « Contentieux administratif et droit communautaire », *jscl. Droit administratif*, fasc. n°1003, 2009.

CASSIA (P.), **SAULNIER (E.)**, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 411-420.

CASSIA (P.), **ROBIN-OLIVIER (S.)**, « L'invocabilité limitée des conventions internationales dans la jurisprudence administrative », *J.C.P. G*, 2012, pp. 1331-1333.

CAYLA (O.), « La Constitution, le traité et la loi: contributions au débat sur la hiérarchie des normes », *C.C.C.*, 1999, pp. 77-86.

COSTA (J.P.), « L'effectivité de la justice administrative », *R.Adm.*, 1999, pp. 132-139

CHALTIEL (F.), « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité », *A.J.D.A.*, 2009, pp. 1650-1655

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, 21, 2006, pp. 63-68

CHAPPEZ (J.), « Note sous Conseil d'État, Assemblée, 15 octobre 1993, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie Royale de Hong Kong », *J.D.I. (Clunet)*, 1994, pp. 89-98.

CHAPUS (R.), « Les fondements de l'organisation de l'État... le principe de la garantie des droits », in *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque du conseil constitutionnel des 25 et 26 Mai 1989*, PUF, recherches politiques, 1989, pp. 181-207.

CHAUVAUX (D.), **GIRARDOT (T.-X.)**

- « Les clauses d'un traité international dépourvues d'effet direct ne peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte réglementaire », *A.J.D.A.* 1997, pp. 435-444.

- « Conséquences de l'incompatibilité de la législation française en matière de TVA avec le droit communautaire », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 980-993.

CLAEYS (A.), « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », in *Le droit administratif : permanence et convergence. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 299-323.

COHEN JONATHAN (G.)

- « La France, la convention européenne des droits de l'homme et le pacte international relatif aux droits civils et politiques », *L.P.A.*, 2000, n°104, pp. 39-50.
- « La place de la CEDH dans l'ordre juridique français », in Frédéric SUDRE (dir.), *Le droit français et la CEDH*, acte du colloque de Montpellier 1993, Strasbourg, M.P. Engel, 1994, pp. 1-48.

COMBACAU (J.), « Conclusions », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2001, pp. 85-93.

CORTHOT-BOUCHER (E.), « Le devoir de prévention posé par l'article 3 de la Charte de l'environnement. Portée, contrôle », *R.F.D.A.*, 2014, pp. 97-108.

CREDOF, « Amicus curiae spontané – Projet de recherches sur la justiciabilité des droits sociaux », mars 2010, disponible sur internet à l'adresse qui suit : <http://fr.scribd.com/docontre93462109/Amicus-Curiae-CREDOF>.

DEHAUSSY (J.)

- « Le statut de l'État étranger demandeur sur le for français : Droit international coutumier et droit interne », *J.D.I. (Clunet)*, 1991, pp. 109-129.
- « La supériorité des normes internationales sur les normes internes : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 1989, Nicolo », *J.D.I. (Clunet)*, 1990, pp. 5-33.

DELARUE (J.M.), « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes généraux du droit et conventions d'extradition » conclusions sur CE, 3 juillet 1996, *Kone*, *R.F.D.A.*, 1996, pp. 870-881.

DELVOLVE (P.)

- « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », *les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloques*

organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratifs à Bordeaux, Paris, Litec, 2011, pp. 3-19.

- « Conseil d'État », *Répertoire Dalloz contentieux administratif*, juin 2012.

DEREPAS (L.)

- « Les recours des caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable : l'avis du juge sur la portée des modifications opérées par la loi du 21 décembre 2006 », *R.D.S.S.*, 2007, pp. 680-695.
- « La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », conclusions sur CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu, R.F.D.A.*, 2007, pp. 361-371.

DEUMIER (P.), « Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ? Note sous Conseil d'État, Assemblée plénière, 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, requête numéro 322326 », *R.T.D. civ.*, 2012, pp. 487-493.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, « observations sur l'affaire *GISTI et FAPIL* », disponibles sur internet : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2012/05/GISTI-FAPIL-DALO-m%C3%A9moire-en-d%C3%A9fense-MAE.pdf>, 18 p.

DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.)

- « Les aléas de l'effet direct », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 936-943.
- « Miscellanées contentieuses », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 2373-2382.

DONNAT (F.), CASAS (D.), « L'intérêt pour agir des unions syndicales et le statut de l'Institut de France », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 199-202.

DORD (O.), « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence *Association AC !* », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 1614-1618.

DOUMBE BILLE (S.), « Recours pour excès de pouvoir et plein contentieux: à propos de la nouvelle frontière », *A.J.D.A.*, 1993, pp. 3-12.

DUBOUIS (L)

- « Les trois logiques de la jurisprudence *Sarran* », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 57-66.
- « Droit administratif et droit communautaire », *A.J.D.A.*, Juin 1995, pp. 66-75.

- « L'arrêt *Nicolo* et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français », *R.F.D.A.*, 1989, pp. 1000-1011.
- « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 205-219.
- « La portée des instruments de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Paris et Aix en Provence, Economica et PUAM, coll. Droit public positif, 1990, pp. 131-142.
- « Le juge administratif français et les règles du droit international », *A.F.D.I.*, 1971, pp. 9-60.

DUBOS (O.), « Droit administratif et droit communautaire », *jscl. Droit administratif*, fasc. n°24, 2007.

DUBOS (O.), KATZ (D.), « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'État », *J.C.P. A*, 25 Janvier 2010, pp. 20-25.

DUMORTIER (G.)

- « L'application des Conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », conclusions sur CE, ass., 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, *R.F.D.A.*, 2011, pp. 1133-1146.
- « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, *R.F.D.A.*, 2012, pp. 547-559.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Contrôle de Constitutionnalité et contrôle de Conventionnalité », in *Juge l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 315-329 (322)

EL BOUDOUHI (S.), « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », *R.F.D.A.*, 2014, pp. 371-386

EISENMANN (C.)

- « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, (fasc. XI), p. 25.

- « Note sous CE 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert* », *D.*, 1938.3, p. 1
- ERRERA (R.)**, « L'application de la convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'incidence de la convention européenne des droits de l'homme sur les droits de l'enfant », *R.U.D.H.*, 2005, pp. 329-337.

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.)

- « La Constitution doit-elle être efficace ? », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.), (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-232.
- « Le filtre opéré par le Conseil d'État », in *La QPC vue du droit comparé. Le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie*, Mission de recherche droit et justice, 2013, disponible sur internet :http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/93/42/33/PDF/MFRSLe_filtre_exercA_par_le_Conseil_da_État.pdf, 17 p.

FAVOREU (L.)

- « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, economica, 1996, pp. 25-43.
- « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *R.F.D.A.*, 1984, pp. 174-185.
- « Le conseil constitutionnel et le droit international », *A.F.D.I.*, 1977, pp. 95-125.

FLAUSS (J.-F.). « La pacte international relatif aux droits civils et politiques devant le juge administratif », *L.P.A.*, n°104, 2000, pp. 31-38.

FOULQUIER (N.), « Rapport de synthèse », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloques organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratifs à Bordeaux*, Paris, Litec, 2011, pp. 231-238.

FRYDMAN (P.), conclusions sur CE, ass., 29 octobre 1989, *Nicolo, Leb.* p. 190.

GAUTIER (M.)

- « L'appréciation de la réciprocité d'application », *D.A.*, octobre 2010, pp. 36-38.
- « L'effet direct des conventions internationales », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 560-572

- « De Bruxelles à Paris en songeant à Strasbourg : exemple de dialogue des juges », *D.A.*, Juin 2008, pp. 30-33
- « Les normes communautaires », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.), (dir.), *Traité de droit administratif. Tome 1*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 455-490.
- « O tempora, o mores... Le Conseil d'État et les directives communautaires », *D.A.*, Décembre 2009, pp. 7-13.
- « Le Conseil d'État et les conflits entre conventions internationales : du nouveau, mais pas trop. - À propos de l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, M. Kandyrine de Brito Paiva », *D.A.*, juin 2012, étude 11

GAUTIER (M.), MELLERAY (F.)

- « Le conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'Assemblée du 8 Février 2007 », *D.A.*, Mai 2007, pp. 9-17.
- « L'applicabilité des normes internationales », *jscl. Administratif*, fasc. 20, 20 novembre 2003.
- « Hiérarchie des normes », *jscl. Droit administratif*, fasc. n°21, 20 novembre 2003.
- « Le champ d'application matériel, limite du droit communautaire - Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *Rev. Aff. Eur.*, 2003, pp. 27-36

GAY (L.), « La notion de "droits créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *C.C.C.*, juin 2004, pp. 148-154.

GENEVOIS (B.)

- « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 201-213.
- « Le GISTI : requérant d'habitude ? La vision du Conseil d'État », in GISTI, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 65-79.
- « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2007, pp. 13-18.
- « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in Guillaume Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 31-55.

- « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 877-886.
- « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi eu regard de la Constitution », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 715-725.
- « Note sous CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* », *R.F.D.A.*, 1989, pp. 813-833.
- « De l'usage judiciaire des principes généraux du droit », *R.F.D.A.*, 1988, pp. 499-507.
- « Note sur CE, ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail et Élection des représentants à l'Ass. des Communautés européennes* », *A.J.D.A.*, 1980, pp. 39-46.

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (P.), « Juridiction administrative et droit international », *EDCE*, 1962, pp. 13-40.

CHENOT (B.), conclusions sur CE, 10 février 1950, *Sieur Giquel, Leb.* p. 99.

GIRARDOT (T.-X.), **RAYNAUD (F.)**, « Régime du retrait des actes administratifs individuels créateurs de droit », *A.J.D.A.*, 1997, pp. 936-945.

GOULARD (G.), « La responsabilité de l'État du fait de la violation d'une directive communautaire », conclusions sur CE, ass. 30 octobre 1996, *Ministre du budget contre SA Dangeville et Cabinet Revert et Badelon, R.T.D. eur.*, 1997, pp. 171-186.

GOUTTENOIRE (A.), **BONFILS (P.)**, « Droits de l'enfant », *D.*, 2009, pp. 1918-1927.

GROS (M.), « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux », *R.D.P.*, 2009, pp. 425-448.

GUYOMAR (M.)

- « Le régime de l'isolement pénitentiaire », conclusions sur CE, 31 octobre 2008, *Observatoire international des prisons, R.F.D.A.*, 2009, pp. 73-88.
- « Les rapports entre droit communautaire, droit de la convention européenne et droit interne. À propos du secret professionnel des avocats », conclusions sur CE, 10 avril 2008, sect., *Conseil national des barreaux e.a.-Conseil des barreaux européens, R.F.D.A.*, 2008, pp. 575-602.

HAGELSTEEN (M.-D.), « Le juge doit-il soulever d'office l'incompatibilité d'un texte avec une directive communautaire ? », conclusions sur CE, sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane, R.F.D.A.*, 1991. pp. 652-663.

HAURIOU (M.), « Note sous l'arrêt CE, *Lafage*, 8 mars 1912 », *S.*, 1913, p. 7.

HAUSER (J.), « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *R.T.D. civ.*, 2003, pp. 276-277.

HUBAC (S.), ROBINEAU (Y.), « Droit administratif : vues de l'intérieur », *Pouvoirs*, 1988, pp. 113-126

JACQUE (J.P.), « À propos de la guerre des juges. Accords et désaccords entre le juge français et la Cour de justice des Communautés européennes », *rev. Adm. Est de la France*, 1981, pp. 5-47.

JANICOT (L.), ROBLOT-TROIZIER (A.), VIDAL-NAQUET (A.), « Des normes de référence inscrites dans la charte de l'environnement », *C.C.C.*, 2012, pp. 195-210.

JANICOT (L.), « La portée encore incertaine de la Charte de l'environnement », *J.C.P. G*, 2013, pp. 2120-2124.

KALFLECHE (G.), « Application du droit communautaire par les juridictions administratives », *Europe*, juillet 2011, pp. 5-9.

KELLER (R.), « Recours des tiers à l'encontre de décisions individuelles créant des droits au profit de leurs bénéficiaires », conclusions sur CE, 3 septembre 2009, *Société Orléans Gestion, A.J.D.A.*, 2009, pp. 2288-2291.

LABAYLE (H.), « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers : le droit administratif et les exigences de l'Union Européenne », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 619-642.

LABAYLE (H.), MEHDI (R.), « Le Conseil d'État et la protection communautaire des droits fondamentaux », Observations sur l'arrêt *Conseil national des barreaux* (Conseil d'État, 10 avril 2008), *R.F.D.A.*, 2008, pp. 711-720

LABETOULLE (D.)

- « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 403-413.
- conclusions sur CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout, Leb.* p. 395.

LACHAUME (J.-F.)

- « L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 1146-1157

- « Juridiction administrative et contrôle de réciprocité des traités et accords internationaux (article 55 de la Constitution) - note sous CE, ass. 9 avril 1999, *Chevrol-Benkeddach* », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 937-950
- « L'interprétation par le juge administratif des Conventions internationales », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 923-954.
- « Jurisprudence française relative au droit international », *A.F.D.I.*, chronique annuelle, de 1968 à 2001.

LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *R.D.P.*, 1971, pp. 43-82.

LANDAIS (C.), LENICA (F.), « Premières précisions sur la portée juridique de la charte de l'environnement », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 1584-1592.

LATOURNERIE (M.-A.), « Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 921-928.

LATOURNERIE (R.), conclusions sur CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Leb.* p. 966.

LAURENT-BOUTOT (C.), « La justiciabilité des droits sociaux de l'Homme devant la Cour de cassation », *R.R.J.*, 2010, pp. 1269-1285.

LE BOT (O.), « Le juge administratif et la procédure d'urgence », *R.D.S.S.*, 2010, pp. 812-823.

LEBRETON (J.P.), « Présentation générale », in *État de droit et urbanisme*, Paris, GRIDAUH, 2004, pp. 29- 37.

LEFLOCH (G.), « La convention d'Aarhus devant le juge administratif », *L.P.A.*, 6 août 2008, n° 157, pp. 4-9.

LEMAIRE (F.), « La responsabilité de l'État en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme par une loi : quel fondement ? », *RT.D. hom.*, 2007, pp. 909-924.

LE MIRE (P.), « La stabilité des situations juridiques », *A.J.D.A.*, 1980, pp. 203-219.

LENICA (F.), BOUCHER (J.), « Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 585-589.

LEPETIT-COLLIN (H.), PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative : nouvelles perspectives », *R.F.D.A.* 2011, pp. 813-829.

LE TALLEC (G.), « Le juge français devant le droit international et le droit communautaire », *R.M.C.*, 1975, pp. 124-132.

LEROY (M.), « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », *R.T.D. hom.*, 1990, pp. 190-198

LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.), « De deux questions de droit international public et d'une question de procédure contentieuse », *A.J.D.A.*, 2010, pp. 1635-1642.

MANCIA (M.), « Développements au nom du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir », *L.P.A.*, Janvier 2006, pp. 8-15

MAILLARD (S.), « Le contrat nouvel embauche est contraire à la Convention n°158 de l'OIT », *D.*, 2008, pp. 1986-1989.

MALJEAN-DUBOIS (S.), RICHARD (V.), « L'efficacité des normes internationales : quelles spécificités ? Illustrations à propos du droit international de l'environnement », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 233-252.

MARCHI (J.-F.), « La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France d'une Convention internationale – note sous CE, 1^{ère} et 2^{ème} sect., 7 juillet 2000, *Fédérations nationales des associations tutélaires*, req. n°213461 », *R.F.D.C.*, 2003, pp. 401-424.

MARIE (L.), « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative (2^{ème} partie) », *R.D.P.*, 1901, pp. 476-524.

MASSOT (J.)

– conclusions sur CE 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, *R.T.D. eur.* 1979, pp.730-740.

– conclusions sur CE, ass., 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation contre Peltier*, *Leb.* p. 128.

MATHIEU (B.)

– « Le Conseil d'État, juge de la constitutionnalité des lois. Entre description et prospection », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 753-762.

– « Réflexions en guise de conclusions sur le principe de sécurité juridique », *C.C.C.*, 2001, n°11, pp. 106-111.

- « L'interprétation par le juge administratif des Conventions internationales », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 923-954.

MATRINGE (J.), « Note sur Conseil d'État, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'Insertion par le logement (FAPIL)* », *R.G.D.I.P.*, 2012, pp. 936-944.

MAUGÜE (C.), « La légalité du décret du 26 février 1998 relatif aux allocations familiales au regard des normes du droit interne et du droit international », conclusions sur CE, ass., 5 mars 1999, *Rouquette, R.F.D.A.*, 1999, pp. 357-372

MAZIAU (N.), « La jurisprudence française relative au droit international », *A.F.D.I.*, chronique annuelle 2002-aujourd'hui.

MELLERAY (F.)

- « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », *D.A.*, mars 2012, pp. 29-31.
- « Une disposition législative muette sur ses conditions d'entrée en vigueur et ne nécessitant pas de mesures réglementaires d'application n'est pas pour autant toujours immédiatement applicable », *D.A.*, janvier 2010, pp. 28-29.
- « De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité directe des normes constitutionnelles » *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic : Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 185-193.
- « La Constitution, norme d'application directe par le Conseil d'État », in DRAGO (G.) (dir.), *L'application directe de la Constitution par les Cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 17-29.
- « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *J.C.P. A*, Juillet 2005, pp. 1233-1238.
- « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société*, 2004, pp. 143-149.

MICHELET (K.), « La loi inconstitutionnelle », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 23-34.

MICHEL (B.), « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé de mort ? », *A.J.D.A.*, n° spécial, Juin 1995, pp. 190-199.

MIGNON (M.), « Une évolution inachevée : la notion d'intérêt ouvrant le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1953, pp. 121-126.

MINET (A.), « L'effet direct des stipulations conventionnelles : la recherche d'une justiciabilité mesurée des traités internationaux », *J.C.P. A*, mai 2012, pp. 22-27.

NIVARD (C.), « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *RDLF*, 2012, chron. n°2.

NOYER (B.), MELLERAY (F.), « L'apport au contentieux administratif de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *D.A.*, aout 2011, pp. 13-17.

PELLET (A.), « Vous avez dit monisme ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme Constitutionnel à la française », *L'architecture du droit- Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.

PESCATORE (P.), « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses États membres », *Etudes de droit des Communautés européennes : Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 355-407.

PLATON (S.), « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" », *R.F.D.A.*, 2012, pp. 639-649

POUYAUD (D.), « Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », *R.F.D.A.*, 2007, pp. 525-534.

QUESTIAUX (N.), conclusions sur *Syndicat général des producteurs de semoules de France*, *A.J.D.A.*, 1968, pp. 235-243.

REGOURD (S.), « L'article 55 de la constitution et les juges: de la vanité de la clause de réciprocité » *R.G.D.I.P.*, 1983, pp. 780-816.

RIDEAU (J.), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : les orphelins de la pyramide », *R.D.P.*, 2009, pp. 601-630.

ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge de la constitutionnalité des lois », *R.F.D.A.*, 2011, pp. 691-710.

ROUAULT (M.C.), « L'État doit réparer les préjudices dus à l'application d'une loi contraire à la Convention EDH », *J.C.P. G*, 2007, n°11, pp. 53-56/

ROUX (J.), « L'abandon de la jurisprudence IVG : une question d'opportunité ou de logique ? », *R.D.P.*, 2009, pp. 645-670.

SANTULLI (C.)

- « Les droits acquis », *R.F.D.A.*, 2001, pp. 87-93.
- « Chronique de droit international (année 2008) », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 145-149.
- « Chronique de droit administratif et droit international (année 2012) », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 417-423.

SAUVE (J.-M.), « Vingt ans après... l'arrêt Nicolo », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, pp. 5-10.

- « État de droit et efficacité », *A.J.D.A.*, 1999, pp. 119-122.

SCANVIC (F.), « La place de l'individu au regard des conventions internationales », conclusions sur CE, 29 janvier 1993, *mme Josefa Bouilliez*, *R.F.D.A.*, 1993, pp. 794-803.

SCHAEGIS (C.), « L'intérêt en droit administratif processuel », *R.G. proc.*, 1999, pp. 1-23

SCHOETTEL (J.-E.), « Le registre international français est-il constitutionnel ? », *L.P.A.* n°142, 19 juillet 2005, pp. 3-22.

SCHRAMECK (O.), conclusions sur CE, ass., 8 avril 1987, *Procopio*, *A.J.D.A.*, 1987, pp. 472-482.

SCHWARTZ (R.), conclusions sur CE, 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddash*, *Leb.* p. 115.

SIMON (D.), « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé », *Europe*, mars 1999, pp. 4-6.

STAHL (J.-H.)

- « La saisine du juge administratif : procédure préalable et conditions de recevabilité », *R.Adm.*, 1997, pp. 98-102.
- « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 993-1004.

RIVERO (J.), « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 710-717.

SEILLER (B.), « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloque*

organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratif à Bordeaux, Paris, Litec, 2011, pp. 191-209.

STIRN (B.)

- « Le Conseil d'État et la Constitution », in *Le droit administratif : permanence et convergence. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1001-1010.
- « La compatibilité de la législation française sur l'interruption volontaire de grossesse avec la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques, R.F.D.A.*, 1990, pp. 1065-1077.

SUDRE (F.), « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », in *Le juge administratif français et la Cour européenne des droits de l'homme*, actes du colloque Montpellier de décembre 1990, *R.U.D.H.*, 1991, pp. 259-274.

SUR (S.), « Progrès et limites de la réception du droit international en droit français », in Yadh BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 1998, pp. 227-243.

TAXIL (B.), « Les normes internationales », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.), (dir.), *Traité de droit administratif. Tome I*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 413-454.

TEBOUL (G.)

- « Ordre juridique international et ordre juridique interne – Quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif », *R.D.P.*, 1999, n°3, pp. 697-718.
- « Le juge administratif et le droit international, aspects récents de droit formel », *A.J.D.A.*, juillet 1995, pp. 43-65.
- « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 621-641.

THIBAUD (V.), « Réflexion sur l'office du juge de la légalité », *R.D.P.*, 2009, pp. 481-501.

TIGROUDJA (H.), « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *R.F.D.A.*, 2003, pp. 154-168.

VEDEL (G.), « La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” », *Colloque du bicentenaire : la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, pp. 35-68.

VIDAL-NAQUET (A.), « L’efficacité dans le contrôle de constitutionnalité », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, (dir.), *L’efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 187-208.

VIGOUROUX (Ch.), « La contestation par un État étranger d’un refus d’extradition », conclusions sur CE, ass., *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d’Irlande du Nord, Gouverneur de la colonie royale de Hong Kong, R.F.D.A.*, 1993, pp. 1179-1192.

VON COESTER (S.), conclusions sur CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie, non publiées*.

WACHSMANN (P.), « L’article 55 de la Constitution de 1958 et les Conventions internationales relatives aux droits de l’homme », *R.D.P.*, 1998, pp. 1671-1685.

WALINE (M.)

– « Note sous CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques (R.D.P., 1980)* », in *Notes D’arrêts de Marcel Waline*, T. 1, Paris, Dalloz, 2004, pp. 549-551.

– « Note sous CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood (R.D.P., 1952)* », in *Notes D’arrêts de Marcel Waline*, T. 1, Paris, Dalloz, 2004, pp. 549-551.

– « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1935, pp. 205-236.

WEISSE-MARCHAL (C.), « Responsabilité extracontractuelle de la Communauté du fait de son activité normative », *D.*, 2008, pp. 3129-3132

WIENER (C.), BRAIBANT (G.), « Droit international et protection des citoyens », *EDCE*, 1976, pp. 45-79.

WOEHLING (J.-M.)

– « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif selon la loi du 8 Février 1995: les propositions pour un mode d’emploi », *L.P.A.*, 1995, n°62, pp. 18-22.

– « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Mélanges en l’honneur de Guy Braibant, l’État de Droit*, Dalloz, 1996, pp.777-791

YOLKA (P.), « Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand, Libre propos », *J.C.P. A*, 14 mars 2011, pp. 2-3.

ZARADNY (A.), « Le contrôle de conventionnalité du juge administratif des référés », *J.C.P. A*, 5 décembre 2011, pp. 12-17.

D. Droit international

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses

ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international public*, Ed. Panthéon-Assas, Les introuvables, Paris, 1999, 534 p.

D'ARGENT (P.), **CORTEN (O.)**, **KLEIN (P.)**, *L'État de droit en droit international, Colloque SFDI de Bruxelles*, Paris, Pedone, 2009, 447 p.

BEN ACHOUR (Y.), **LAGHMANI (S.)**, (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents, Rencontres internationales de la faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Paris, Pedone, 1999, 318 p.

BULL (H.), *The Anarchical Society. A study of Order in World Politics*, Columbia University Press, 2002, 329 p.

CHAUMONT (C.), (dédicataire), *Mélanges Charles Chaumont, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international*, Paris, Pedone, 1984, 595 p.

COHEN-JONATHAN (G.), (dédicataire), *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1784 p.

COMBACAU (J.), *Le droit des Traités*, Paris, PUF, 1991, 125 p.

COMBACAU (J.), **SUR (S.)**, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2012, 848 p.

COULEE (F.), *Droit des Traités et non-réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, Thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 1999, 620 p.

COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE, *Convention d'Aarhus : guide d'application*, Genève, publication des Nations Unies, 2000, 239 p.

CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, 461 p.

- DUPUY (P.M.)**, *Droit international public*, Paris, précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2014, 921 p.
- N'GUYEN (Q.D.), DAILLIER (P.), PELLET (A.), FORTEAU (M.)**, *Droit international Public*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, 1709 p.
- JACKSON (J.H.)**, *The World trading system : Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MIT Press, 3^{ème} éd., 1997, 441 p.
- LUFF (D.)**, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 1322 p.
- KELSEN (H.)**, *Kelsen, écrits français de droit international*, trad. Charles LEBEN Paris, PUF, 2001, 316 p.
- KOLB (R.)**, *Théorie du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2012, 830 p.
- KRESS (C.), LATTANZI (C.)**, (dir.), *The Rome Statute and Domestic Legal Order*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 251 p.
- LAGRANGE (E.)**, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, la Haye, Kluwer Law International, 2002, 608 p.
- LAGRANGE (E.), SOREL (J.-M.)**, *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, 1197 p.
- LAVAL (P.-F.)**, *La compétence ratione temporis des juridictions internationales*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, 671 p.
- MATRINGE (J.)**, *Le droit international des échanges entre unité et pluralité*, Paris, Pedone, 2009, 122 p.
- MEUNIER (H.)**, *Les normes internationales qui prescrivent l'existence ou l'inexistence d'une règle interne*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, 621 p.
- NIVARD (C.)**, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 807 p.
- NOLLKAEMPER (A.)**, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 337 p.
- PALLEMAERTS (M.)**, (dir.), *The Aarhus Convention at ten*, Groningen, Europa, 2011, 440 p.
- RASPAIL (H.)**, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Paris, Dalloz, La nouvelle bibliothèque des Thèses, 2013, 586 p.

REUTER (P.), (dédicataire), *Le droit international: unité et diversité, Mélanges en l'honneur de Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, 584 p.

ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public – T.I : introduction et sources*, Paris, Sirey, 1970, 464 p.

SALMON (J.), (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

SANTULLI (C.)

– *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, 540 p.

– *Introduction au droit international : formation, exécution, application*, Paris, Pedone, 2013, 276 p.

– *Droit du contentieux international*, Paris, Monchrestien, 2005, 584 p.

SCELLE (G.), *Cours de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, 1022 p.

DE SCHUTTER (O.), **VAN DROOGHENBROECK (S.)**, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, 666 p.

SCIOTTI-LAM (C.), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 676 p.

SINKONDO (M.), *Introduction au droit international public*, Paris, Ellipses, 1999, 205 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 11^{ème} éd., 2012, 935 p.

TAXIL (B.), *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, Thèse, Université Paris I, 2005, 785 p.

TRIEPEL (H.), *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1899, 476 p.

DE VATTEL (E.), *Le droit des gens ou le principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Librairie diplomatique, française et étrangère, T.II, 1835, 466 p.

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2000, 856 p.

WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1995, 459 p.

2. Articles, chroniques, contributions, cours et rapports

AGO (R.),

- « Sixième rapport sur la responsabilité internationale des États », *Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 1^{ère} partie, pp. 3-47.
- « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939, pp. 419-554.

ALLOTT (P.), « The Emerging Universal Legal System », *Forum*, 2001, pp. 12-18.

ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, pp. 285-309.

ARANGIO-RUIZ (G.), « Dualism revisited : international law and interindividual law », *Riv. dir. internazionale*, 2003, pp. 909-999.

D'ARGENT (P.), « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations graves du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit humanitaire », *A.F.D.I.*, 2005, pp. 27-55.

BACHAND (R.), « Les poursuites du CIRDI contre l'Argentine : Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers », Note de recherches – Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation, disponible sur internet : http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Poursuites_Argentine.pdf.

BENVENISTI (E.)

- « Judges and Foreign Affairs : A Comment on the Institut de Droit international's Resolution on the Activities of National Courts and the International Relations of their State », *EJIL*, 1994, pp. 421-439

– « Reclaiming Democracy. The strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts », *AJIL*, 2008, pp. 241- 274.

BONNITCHA (J.), « Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des “attentes légitimes” dans le cadre de la norme du traitement juste et équitable », *Investment Treaty News*, avril 2011, pp. 6-9.

BRADLEY (C.A.), « Intent, Presumptions and Non-Self-Executing Treaties », *AJIL*, 2008, pp. 540-551.

BUCHANAN (A.), « Democracy and the Commitment in International Law », *Ga. J. Int’l & Comp. L.*, 2006, pp. 305-332.

BUERGENTHAL (T.), « Self-executing and non self-executing Treaties in National and Internal Law », *R.C.A.D.I.*, 1992, pp. 301-400.

CANAL-FORGUES (D.), « Remarques sur le recours aux travaux préparatoires », *R.G.D.I.P.* 1993, pp. 901-935.

CASSESE (A.), « L’incidence du droit international sur le droit interne », in CASSESE (A.), DELMAS-MARTY (M.), (dir.), *juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 159-191.

COMBACAU (J.)

– « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, 1986, pp. 85-101.

– « Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponses », in *Mélanges en l’honneur de Paul Reuter, le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, pp. 181-204.

COMBACAU (J.), **ALLAND (D.)**, « Primary and secondary rules in the law of State responsibility : categorizing international obligations », *NYIL*, 1985, pp. 81-106.

CONFORTI (B.), « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1988, pp. 9-210.

COTTIER (T.), « A Theory of Direct Effect in Global Law », in VON BOGDANDY (A.), MAVROIDIS (P.C.), MÉNY (Y.), (dir.), *European integration and international Co-ordination*, la Haye/ Londres/ Boston, Kluwer Law International, 2002, p. 199-224.

CRAWFORD (J.), « Rapport sur la responsabilité internationale de l’État » (Deuxième rapport), A/CN.4/498, 17 mars 1999 (reproduit in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, II-1, pp. 3-100.

DAUDET (D.), « Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 97-112.

DAVID (E.), « Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales », in Jean-François FLAUSS (dir), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 135-175.

DHOMMEAUX (J.)

– « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *A.F.D.I.* 1995, pp. 447-469.

– « Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la Convention relative aux droits de l'enfant », in *Les droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle. Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 553-580.

DISTEFANO (G.), « Fait continu, fait composé et complexe dans le droit de la responsabilité », *A.F.D.I.*, 2006, pp. 1-54

DUPUY (P.-M.), « L'individu et le droit international », *A.P.D.*, 1987, pp. 119-133.

DE FROUVILLE (O.), « Une conception démocratique du droit international », *R.E.S.S.*, 2001, pp. 101-144.

GANSHOF VAN DER MEERSH (W.J.), « La règle d'application directe », *R.B.D.I.* 1980-2, pp. 345-354.

JACKSON (J.H.)

– « Direct effect of Treaties in the US and in the EU, the case of the WTO : Some Perceptions and Proposals », in ARNULL (A.), EECKHOUT (P.), TRIDIMAS (T.), (dir.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 361-382.

– « Status of Treaties in Domestic Legal System : a policy analysis », *AJIL*, 1992, pp. 310-340.

KELSEN (H.)

– « La transformation du droit international en droit interne », *R.G.D.I.P.*, 1936, pp. 5-49.

– « La validité en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1932, pp. 117-351.

- « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1926, pp. 227-332.

KOH (H.), « Why do Nations obey International Law? », *Yale L.J.*, 1997, pp. 2599-2659.

KOLB (R.)

- « Nouvelle observation sur la détermination de la personnalité juridique internationale », *Zeitschrift fur öffentliches Recht*, vol.57, 2002, pp. 223-241.

- « La bonne foi en droit international public », *R.B.D.I.*, 1998, pp. 661-732

KUMM (M.), « The Legitimacy of International Law : A Constitutionalist framework Analysis », *EJIL*, 2004, pp. 907-931.

LAGHMANI (S.), « Droit international et droits internes: vers un renouveau du jus gentium », in *Droit international et droit internes développements récents, Rencontres internationales de la faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Paris, Pedone, 1999, pp. 23-44.

LAGRANGE (E.), « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *R.C.A.D.I.*, 2012, pp. 239-552

LEBEN (C.), « Les juridictions internationales », *Droits*, 1989, pp. 143-155.

LOUIS (J.-V.), « Jurisprudence internationale intéressant la Belgique. L'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962), Belgique contre Espagne. Deuxième phase : l'arrêt du 5 février 1970 de la Cour internationale de justice », *R.B.D.I.*, 1971, pp. 347-369.

MANN (F.A.), « The consequences of international wrong in international and national law », *Brit. Yearb. Int'l law*, 1976, pp. 1-65.

MANNER (G.), « The object theory of the individual in international law », *AJIL*, 1952, vol.46, pp. 428-449.

MAREK (K.), « Les rapport entre droit international et droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI », *R.G.D.I.P.*, 1962, pp. 261-298.

MARGUENAUD (J.-P.), « Quand la Cour européenne des droits de l'homme hésite à jouer le rôle de Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous x », *R.T.D. civ.*, 2003, pp. 375-381.

MENSAH (T.A.), « Sovereign Rights in Legislation of Member States under UNCLOS and MARPOL », *Eighth Cadwallader Memorial Lecture*, London, London Shipping Law Center, 2005, disponible sur : http://www.shippinglbc.com/content/uploads/documents/8_cad.pdf, pp. 23-29.

MILLET (F.-X.), « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in LAGRANGE (E.), HAMANN (A.), SOREL (J.-M.), (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, pp. 27-54.

MORIN (J.A.), « L'État de droit: émergence d'un principe du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1995, pp. 9-462.

NOLLKAEMPER (A.)

- « Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », *AJIL*, 2007, pp. 759-799.
- « The power of secondary rules of International Law to connect the international and national legal orders », Amsterdam Center of International Law Working Paper, novembre 2009, disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1515771>.

NOLLKAEMPER (A.), **BETLEM (G.)**, « Giving effect to public international law and european community law before Domestic courts: a comparative analysis of consistent interprétation », *EJIL* 2003, pp. 569-589.

OELLERS-FRAHM (K.), « Multiplication of international courts and tribunal and conflicting jurisdiction – Problems and possible solutions », *Max Plank yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 67-104.

PAASIVIRTA (E.), **KUIJPER (P.-J.)**, « Does One Size Fit All?: The European Community and the Responsibility of International Organizations », *NYIL*, 2005, pp. 169-226.

PALMISANO (G.), « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire LaGrand », *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 753-790.

PELLET (A.)

- « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite suite – et fin ? », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 1-23.
- « Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États », *A.F.D.I.*, 1996, pp. 7-32

PETERSMANN (E.-U.), « Constitutionnalism and international organizations », *N.W.J. Int'L. L. & Bus.*, 1997, pp. 398-469.

PISILLO MAZZESCHI (R.), « International obligations to provide for reparation claims? », in **RANDELZHOFFER (A.)**, **TOMUSCHAT (C.)**, (dir.), *State responsibility and the individual*, Londres, Kluwer Law International, 1999, pp. 149-172

REUTER (P.), « Quelques remarques sur la situation des particuliers en droit international public », in *La techniques et les principes de droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, pp. 535-552.

ROUSSEAU (C.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *R.G.D.I.P.*, 1932, pp. 139-192.

RUIZ-FABRI (H.), « Nécessité d'une approche européenne du droit international ? Ni oui, ni non, ni blanc, ni noir », in *SFDI /Société allemande de droit international, Droit international et diversité des cultures juridiques*, Paris, Pedone, 2008, p. 223-240.

SALMON (J.), « Le fait étatique complexe – une notion contestable », *A.F.D.I.*, 1982, pp. 709-738

SANTULLI (C.)

– « Les juridictions de droit international : essai d'identification », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 45-61.

– « Qu'est ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *A.F.D.I.*, 2000, pp. 58-81.

– « Observations et proposition sur l'extension de la conception de victime d'une violation des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1371-1383

SLOSS (D.), « Non-Self-Executing Treaties : Exposing a Constitutionnal Fallacy », *Davis L. Rev.*, 2002, pp. 1-80.

SOREL (J.), « L'émergence de la personne humaine en droit international : l'exemple de la jurisprudence de la CIJ », in *Studi di diritto internatzionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Naples, 2004, pp. 2165-2198.

STERN (B.)

– « A Plea for ‘Reconstruction’ of International Responsibility Based on the Notion of Legal Injury », in Maurizio RAGAZZI (dir.), *International Responsibility Today*, la Haye, Brill, 2005, pp. 93-106.

– « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l’occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *A.F.D.I.*, 2001, pp. 3-34.

TAXIL (B.), « Méthode d’intégration du droit international en droits internes », in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice. Troisième congrès de l’AHJUCAF de juin 2010*, 2010, disponible sur internet : http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf pp. 104-114.

SZYMCZAK (D.), TOUZE (S.), « La Cour européenne des droits de l’homme et le droit international (2010) », *A.F.D.I.*, 2011, pp. 611-640

TOMUSCHAT (C.), « International Law : Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *R.C.A.D.I.*, 1999, pp. 8-438

TRIEPEL (H.), « Les rapports entre droit interne et droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923, pp. 77-118.

TRIFFTERER (O.), « Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes », in KRESS (C.), LATTANZI (C.), (dir.), *The Rome Statute and Domestic Legal Order*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, pp. 1-28

VÁSQUEZ (C.M.)

– « The four doctrines of self-executing treaties », *AJIL*, 1995, n°89, pp. 695-723.

– « The Military Commissions Act, the Geneva Conventions and the Courts : a Critical Guide », *AJIL*, 2007, pp. 73-98

VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droit interne », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.

VERHOEVEN (J.), « La notion d’applicabilité directe du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, pp. 243-264.

WAHL (R.), « Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen », *Juristische Schulung*, décembre 2003, vol. 12, pp. 1145-1151.

WEIL (P.). « Cours général de droit international public : le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, 1992, pp. 9-430.

WEILER (J.H.)

– « The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy », *GYIL*, 2004, pp. 547-562

– « Cain and Abel. Convergence and Divergence in International Trade Law », in Joseph H. WEILER, *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 1-4.

WOOD (M.), « A European vision of International Law: for what purpose? », in RUIZ FABRI (H.), JOUANNET (E.), TOMKIEWICZ (V.), (dir.), *Proceedings of the Second Biennial Conference of the European Society of International Law*, Londres, Hart Publishing, 2007, pp. 151-164.

WYLER (E.), « Victime “actuelle” et victime “virtuelle” d’une violation des droits de l’homme dans la jurisprudence relative à l’article 35 de la Convention européenne des droits de l’homme », *R.S.D.I.E.*, 1993, pp. 3-38.

E. Droits nationaux (hors France), droit comparé

1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses

AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 384 p.

AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *Traité du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant 2014, 1356 p.

CALMES (S.), *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, 711 p.

CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, Paris, L'harmattan, 2005, 662 p.

EISEMANN (P.-M.), (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, la Haye, Kluwer Law International, 1996, 587 p.

FROMONT (M.)

– *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, 362 p.

– (dédicataire), *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001,

GREWE (C.), RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, 661 p.

JEANNIN (L.), *Le droit au recours juridictionnel des personnes privées en droit public comparé franco-allemand*, Thèse Universités Panthéon Sorbonne et de Regensburg, 2003, 733 p.

JOUANJAN (O.), (dir), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et Constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 412 p.

LAGRANGE (E.), HAMANN (A.), SOREL (J.-M.), (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, 455 p.

LAUVAUX (P.), *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2004, 1060 p.

LENAERTS (K.), *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.

SCHWARZE (J.), (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 364 p.

SLOSS (D.), JINKS (D.), (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 656 p.

ZAGREBELSKY (G.), *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, EGES, 1984, 284 p.

2. Articles, chroniques et contributions

ABR FROWEIN (J.), OELLERS-FRAHM (K.), « L'application des Traités dans l'ordre juridique interne –rapport de synthèse », in Pierre-Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, la Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 3-25.

D'ARGENT (P.), « Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international », *R.B.D.I.*, 2012, pp. 355-371.

ARNOLD (R.), « Efficacité des normes et efficacité des systèmes juridiques : le cas de l'Allemagne », in Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique* Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 269-278.

– « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand », *A.J.D.A.*, 1996 n° spécial, pp. 110-117.

D'ASPREMONT (J.), « Du dualisme au monisme. La révolution silencieuse de la Cour suprême du Canada », *R.B.D.I.*, 2003, pp. 397-409

BACHOF (O.), Reflexwirkungen und subjektive Rechte in öffentlichen Recht", in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Günter Olzog Verlag, München, 1955, pp. 287-307

BERMEJO GARCIA (R.), BOU FRANCH (V.), VALDES DIAZ (C.), PAJA BURGOA (J.A.), « Espagne », in Pierre-Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, la Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 183-240.

BONICHOT (J.-C.), DONNAT (F.), « Comparaisons et raisons du recours en annulation devant la Conseil d'État et devant la juridiction communautaire », *Gaz. pal.*, 2009, pp. 23-28.

BOSSUY (M.), LEYSSEN (R.), « La justice constitutionnelle : fonctions et relations avec les autres autorités publiques. Rapport national pour le XVème Congrès de la conférence pour les Cours constitutionnelles européennes, présentée par la Cour constitutionnelle de Belgique », disponible sur <http://www.ccr.ro/congres/BELGIA%20fr.pdf>.

BRIBOSIA (H.), « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 1996, pp. 33-89.

BRÖLMANN (C.), VIERDAG (B.E.), « Pays-Bas/Netherlands », in Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer law international, 1996, pp. 433-460.

BÜHLER (O.), « Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte », *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Günter Olzog Verlag, München, 1955, pp. 269-286.

DAVIES (A.), « Connecting or compartmentalizing the WTO and the United States Legal Systems? The Role of the *Charming Betsy* Canon », *JIEL*, 2007, pp. 117-151.

DOMINICE (C.), VOEFFRAY (F.), « Suisse », in Pierre-Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, la Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 529-570.

DUGUIT (L.), « La doctrine allemande de l'autolimitation », *R.D.P.*, 1919, pp. 161-189.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « Le droit international fait-il partie du droit anglais ? », in *Le droit international: unité et diversité, Mélanges Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 243-268.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), GRIEF (N.), SAULNIER (E.), « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques », *R.T.D. eur.*, 2003, pp. 471-488.

FLAUSS (J.-F.), « Human Rights Act », *R.F.D.C.*, 2001, pp. 695-703.

FISHER (A.), « La justice administrative allemande », *R.D.P.*, 1968, pp. 1032-1068.

DAL FARRA (T.), « L'invocabilité des directives devant le juge national de la légalité, étude comparée des conceptions de la CJCE et du Conseil d'État », *R.T.D. eur.*, 1992, pp. 631-669.

FLAUSS (J.-F.), « L'incorporation de la Convention européenne dans le droit suédois », in *Mélanges M.A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp.141-156.

FLEUREN (J.), « The application of public international law by dutch Courts », *NYIL*, 2010, pp. 245-266.

FROMONT (M.)

– « La justice administrative en Europe : convergences », in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris, Monchrestien, 1992, pp. 197-208.

– « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité des recours en annulation devant la CJCE », *R.T.D. eur.*, 1966, pp. 47-65.

– « République fédérale d'Allemagne. L'État de droit », *R.D.P.*, 1984, pp. 1203-1226.

FROWEIN (J.A.), **OELLERS-FRAHM (K.)**, « Rapport de synthèse », in Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer law international, 1996, pp. 11-25.

GREWE (C.), « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, 1989, pp. 131-142.

GREWE (C.), **RUIZ FABRI (H.)**, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États », in *le droit international dans la construction de l'Union européenne: droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, Paris, SFDI: colloque de Bordeaux, Pedone, 2000, pp. 251-282.

HELLER (H.), « Staatslehre », in *Gesammelte Schriften, III: Staatslehre als politische Wissenschaft*, Tübingen: Mohr, T.3, réimpr. (1934), 1992, pp. 79-395.

HESSE (K.), « Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes », in TOHIDIPUR (M.), (dir.), *Der Bürgerliche Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 290-313.

HENKE (W.), « Das subjektive öffentliche rechte », in *Festschrift für W. Weber, Geburtstag*, 1974, pp. 495-515

KNAPP (B.), « Les particuliers et les traités internationaux devant le tribunal fédéral Suisse », in JACOT-GUILLARMOD (O.), *Le juge national face au droit européen : perspective suisse et communautaire*, Bruxelles, Bruylant 1993, p. 187.

KORTMANN (C.), « Les relations entre droit international et droit interne dans le droit constitutionnel néerlandais », in *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français*, Paris, PUF, publication de la faculté de Poitiers, 1992, pp. 3-12.

MABAKA (P.M.), « L'incorporation de la CEDH dans l'ordre juridique britannique », *R.T.D. hom.*, 2000, pp. 5-42.

NOLLKAEMPER (A.), « The Netherlands », in David SLOSS et Derek JINKS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge Univ. Press, 2009, pp. 326-370.

PAULUS (A.L.), « Germany », in David SLOSS et Derek JINKS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge Univ. Press, 2009, pp. 209-242

PONIKIEWSKI (A.), « Poland, Direct effect of certain provisions of the TRIPs agreement », *Building and enforcing intellectual property value*, Morgan Stanley, Duff & Phelps, 2007, pp. 210-212.

RUFFERT (M.), « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », *Les droits publics subjectifs des administrés, actes du colloques organisé le 10 et 11 juin 2010 par l'Association Française pour la recherche en Droit administratifs à Bordeaux*, Paris, Litec, 2011, p. 149-159.

SASTRE (M.), « La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des Traités sur la loi », *R.G.D.I.P.*, 1999, pp. 147-168.

SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « Transformation or adoption of International Law into Municipal Law », *ICLQ*, 1963, pp. 88-123.

SOMMERMANN (K.P.), « Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand », *R.F.D.A.* 1995, pp. 1145-1171.

SCHWARZE (J.), « Grunlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland », *NvwZ*, 1996, pp. 22-29.

TAXIL (B.), « Les critères de l'applicabilité directe des accords internationaux aux États-Unis et en France », *R.I.D.C.*, 2007, pp. 157-176.

TIZZANO (A.), « Note sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne », *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 223-244.

UZMAN (J.), BARKHUYSEN (T.), VAN EMMERIK (E.), « The Dutch Supreme Court: a reluctant positive legislator ? », *E.J.C.L.*, 2010, pp. 423-468.

VAENDELE (A.), CLAES (E.), « L'effet direct des Traités internationaux. Une analyse en droit positif axée sur les droits de l'homme », Leuven, Instituut voor Internationaal Recht, working paper n°15, K.U. Leuven, 2001, 59 p.

VASQUEZ (C.M.), « The Military Commissions Act, the Geneva Conventions and the Courts : a Critical Guide », *AJIL*, 2007, pp. 73-98.

VERDUSSEN (M.), « Le droit communautaire jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Edouard DUBOUT, Antoine MAITROT DE LA MOTTE, Sébastien TOUZE (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 87-106.

WHOERLING (J.-M.)

– « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 297-322.

– « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest- Particularismes et convergences », *R.E.D.P.*, 1994, n°2, p.353-389..

II. Index de la jurisprudence citée

A. Juridictions de l'Union européenne

1. Cour de justice

CJCE, 21 mars 1955, *Royaume des Pays-Bas contre Commission des Communautés européennes du charbon et de l'acier*, 9/54, Rec. p. 201.

CJCE, 5 février 1963, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 6.

CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV contre Administration fiscale néerlandaise*, 28 à 30/62, Rec. p. 59.

CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co contre Commission européenne*, 25/62, Rec. p. 199.

CJCE, 25 septembre 1964, *N.V. Algemene Transport-en expeditie Onderneming Van Gend En Loos contre administration fiscales néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 3.

CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre Enel*, 6/64, Rec. p. 1141.

CJCE, 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft contre Maison Singer et fils*, 44/65, Rec. p. 1191.

CJCE, 16 juin 1966, *Firma Alfons Lütticke GmbH contre Hauptzollamt de Sarrelouis*, 57/65, Rec. p. 293.

CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm contre Bundeskartellamt*, 14/68, Rec. p. 1.

CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei –Zentrale Westfalen/ Lippe GmbH contre Hauptzollamt Paderborn*, 28/67, Rec. p. 211.

CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder contre Stadt Ulm*, 29/69, Rec. p. 419.

CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad contre Finanzamt Traunstein*, aff. 9/70, Rec. p. 825.

CJCE, 17 novembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, Rec. p. 1125.

CJCE, 18 novembre 1970, *Amedeo Chevalley contre Commission des Communautés européennes*, 15/70, Rec. p. 975.

CJCE, 31 mars 1971, *Commission contre Conseil*, 22/70, Rec. p. 263.

CJCE, 14 décembre 1971, *Commission contre France*, 7/71, Rec. p. 1021.

CJCE, 14 décembre 1971, *Politi contre Ministre des Finances*, 43/71, Rec. p. 1049.

CJCE, 26 avril 1972, *Interfood GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, 92/71, Rec. p. 231.

CJCE, 15 juillet 1972, *Orsalina Leonosio contre Ministère de l'agriculture et des forêts de la République italienne*, 93/71, Rec. p. 287.

CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV e.a. contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, 21 à 24/72, Rec. p. 1219.

CJCE, 7 février 1973, *Schroeder KG contre Federal Republic of Germany*, 40/72, Rec. p. 125.

CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf contre Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, 166/73, Rec. p. 33.

CJCE, 4 avril 1974, *Commission contre France*, 167/73, Rec. p. 359.

CJCE, 30 avril 1974, *R. & V. Haegeman contre État belge*, 181/73, Rec. p. 449.

CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, 04/73, Rec. p. 493.

CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn contre Home Office*, 41/74, Rec. p. 1337.

CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, 36/75, Rec. p. 1219.

CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75, *Arrangement concernant une norme pour les dépenses locales*, Rec. p. 1355.

CJCE, 5 février 1976, *Conceria Daniele Bresciani contre Amministrazione Italiana delle Finanze*, 87/75, Rec. p. 129.

CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 43/75, Rec. p. 455.

CJCE, 17 juin 1976, *Pubblico Ministero contre Flavia Manghera e.a.*, 59/75, Rec. p. 91.

CJCE, 17 juin 1976, *Giordano Frecassetti contre Amministrazione delle finanze dello Stato*, 113/75, *Rec.* p. 183.

CJCE, 15 décembre 1976, *Suzanne Donckerwolcke épouse Criel et Henri Schou contre Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects*, 41/76, *Rec.* p. 1921.

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, 33/76, *Rec.* p. 1989.

CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, 45/76, *Rec.* p. 2043.

CJCE, 1^{er} février 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, C-51/76, *Rec.* p. 113.

CJCE, 12 juillet 1977, *Commission contre Pays-Bas*, 89/76, *Rec.* p. 1355.

CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629.

CJCE, 3 mai 1978, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contre Commission des Communautés européennes*, 112/77, *Rec.* p. 1019.

CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne contre Sabena*, 149/77, *Rec.* p. 1368.

CJCE, 13 octobre 1978, *Eggers Sohn & Co. contre Freie Hansestadt Bremen*, 13/78, *Rec.* p. 935.

CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public contre Ratti*, 148/78, *Rec.* p. 1629.

CJCE, 4 octobre 1979, *France contre Royaume-Uni*, 141/78, *Rec.* p. 2923.

CJCE, 14 octobre 1980, *Attorney general contre Burgoa*, 810/79, *Rec.* p. 2787.

CJCE, 5 mai 1981, *Firma Anton Dürbeck contre Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, 112/80, *Rec.* p. 1095.

CJCE, 13 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation contre Amministrazione delle finanze dello Stato*, 66/90, *Rec.* p. 1191.

CJCE, 16 décembre 1981, *Foglia contre Novello*, 244/80, *Rec.* p. 3045.

CJCE, 19 janvier 1982, *Becker contre Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, *Rec.* p. 53.

CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. contre Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, 270/80, *Rec.* p. 329.

CJCE, 29 avril 1982, *Pabst & Richarz KG contre Hauptzollamt Oldenburg*, 17/81, *Rec.* p. 1331.

CJCE, 10 juin 1982, *Lord Bethell contre Commission*, 246/81, *Rec.* p. 2277.

CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la santé*, 283/81, *Rec.* p. 3415.

CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG*, 104/81, *Rec.* p. 3641.

CJCE, 16 mars 1983, *Administration des Finances de l'Etat contre SPI et SAMI*, aff. jtes. 267 à 269/81, *Rec.* p. 801.

CJCE, 16 mars 1983, *Società Italiana per l'Odeotto Transalpino contre Ministère italien des Finances, ministère de la Marine marchande, circonscription douanière de Trieste et port autonome de Trieste*, 266/81, *Rec.* p. 731.

CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien contre SpA San Giorgio*, 199/82, *Rec.* p. 3595.

CJCE, 10 avril 1984, *Sabine Von Colson und Elisabeth Kaman contre Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, *Rec.* p. 1891.

CJCE, 15 janvier 1985, *Sektkellerei C.A. Kupferberg & Cie KG a. A. contre Hauptzollamt Mainz*, 253/83, *Rec.* p. 157.

CJCE, 26 février 1986, *M.H. Marshall contre Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 152/84, *Rec.* p. 749.

CJCE, 26 mars 1987, *Commission contre Conseil*, 45/86, *Rec.* p. 1493.

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste les Verts contre Parlement européen*, 294/83, *Rec.* p. 1339.

CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, 12/86, *Rec.* p. 3719.

CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *Rec.* p. 4225.

CJCE, 23 février 1988, *Royaume Uni contre Conseil*, 68/86, *Rec.* p. 905.

CJCE, 25 février 1988, *Commission contre Grèce*, 194 et 241/85, *Rec.* p. 1037.

CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) contre Commission*, C-70/87, *Rec.* p. 1781.

CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG contre Commission*, C-46/87, *Rec.* p. 2859.

CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission*, C-374/87, *Rec.* p. 3343.

CJCE, 19 octobre 1989, *Hoesch AG et République fédérale d'Allemagne contre Bergrohr GmbH*, 142/88, *Rec.* p. 3413.

CJCE, 13 décembre 1989, *Salvatore Grimaldi contre Fonds des maladies professionnelles*, C-322/88, *Rec.* p. 4407.

CJCE, 26 juin 1990, *Sofrimport SARL contre Commission des Communautés européennes*, C-152/88, *Rec.* p. I-2477.

CJCE, 20 septembre 1990, *S.Z. Sevince contre staatssecretaris van justitie*, C-192/89, *Rec.* p. I-3461.

CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA contre La Commercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, *Rec.* p. I-4135.

CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefer et Andréa Procacci contre État français*, C-100 et 101/89, *Rec.* p. I-4647.

CJCE, 31 janvier 1991, *Office national de l'emploi contre Kziber*, C-18/90, *Rec.* p. I-199.

CJCE, 8 juin 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil*, C-69/89, *Rec.* p. I-1689.

CJCE, 22 octobre 1991, *Nölle contre Hauptzollamt Bremen-Freihafen*, C-16/90, *Rec.* p. I-5163.

CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Daniela Bonifaci e.a. contre République italienne*, C-6/90 et 9/90, *Rec.* p. I-5357.

CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'espace économique européen*, avis 1/91, *Rec.* p. I-6079.

CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemindigheden contre Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, C-286/90, *Rec.* p. I-6019.

CJCE, 21 janvier 1993, *Deutsche Shell AG contre Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, C-88/91, Rec. p. I-363.

CJCE, (ord.), 21 juin 1993, *Comaco contre Conseil*, C-288/93, np.

CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH contre Bundesrepublik Deutschland*, C-188/92, Rec. p. I-833.

CJCE, 20 avril 1994, *Zoubir Yousfi contre Etat belge*, C-58/93, Rec. p. I-1353.

CJCE, 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori contre Recreb Srl*, C-91/92, Rec. p. I-3325.

CJCE, 5 juillet 1994, *The Queen contre Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd*, C-432/92, Rec. p. I-3087.

CJCE, 9 août 1994, *France contre Commission*, C-327/91, Rec. p. I-3641.

CJCE, 5 octobre 1994, *République Fédérale d'Allemagne contre Conseil*, C-280/93, Rec. p. I-4973.

CJCE, 5 octobre 1994, *Hayriye Eroglu contre Land Baden-Württemberg*, C-355/93, Rec. p. I-5113.

CJCE, 5 octobre 1994, *Simon J. M. van Munster contre Rijksdienst voor Pensioenen*, C-165/91, Rec. p. I-4662.

CJCE, 15 novembre 1994, *Avis relatif à la compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle*, avis 1/94, Rec. p. I-5267.

CJCE, 5 avril 1995, *Zoulika Krid contre Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs sociaux*, C-103/94, Rec. p. I-719.

CJCE, 17 octobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH contre République fédérale d'Allemagne*, C-70/94, Rec. p. I-3189.

CJCE, 17 octobre 1995, *Procédure pénale contre Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, C-83/94, Rec. p. I-3231.

CJCE, 12 décembre 1995, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre Chiquita Italia SpA*, C-469/93, Rec. p. I-4533.

CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921.

CJCE, 15 février 1996, *Buralux SA, Satrod SA et Ourry SA contre Conseil*, C-209/94 P, *Rec.* p. I-615.

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, C-46 et 48/93, *Rec.* p. I-1029.

CJCE, 7 mars 1996, *Parlement contre Conseil*, C-360/93, *Rec.* p. I-1195.

CJCE, 28 mars 1996, *Avis relatif à l'Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/94, *Rec.* p. I-1759.

CJCE, 28 mars 1996, *Procédure pénale contre Rafael Ruiz Bernáldez*, C-129/94, *Rec.* p. I-1829.

CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret SA contre Ministère des transports*, C-84/95, *Rec.* p. I-3953.

CJCE, 10 septembre 1996, *Commission contre République Fédérale d'Allemagne*, C-61/94, *Rec.* p. I-3989.

CJCE, 26 septembre 1996, *Procédure pénale contre Arcaro*, C-168/95, *Rec.* p. I-4705.

CJCE, 3 octobre 1996, *Hallouzi-Choho contre Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, C-126/95, *Rec.* p. 4807.

CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K Kraaijeveld BV e.a. contre Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, Aff C-72 /95, *Rec.* p. I-5403.

CJCE, 12 décembre 1996, *Procédure pénale contre X*, C-74 et 129/95, *Rec.* p. I-6609.

CJCE, 14 janvier 1997, *The Queen, ex parte centro-com Srl contre HM Treasury et Bank of England*, 124/95, *Rec.* p. I-81.

CJCE, 17 avril 1997, *Selma Kadiman contre Freistaat Bayern*, C-351/95, *Rec.* p. I-2133.

CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, C-261/95, *Rec.* p. I-4705.

CJCE, 17 février 1998, *Grant contre South West train Ltd*, C-249/96, *Rec.* p. I-621.

CJCE, 10 mars 1998, *T. Port GmbH & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-364 et 365/95, *Rec.* p. I-1023.

- CJCE, 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace council (Greenpeace international) e.a. contre Commission des Communautés européennes*, C-321/95, Rec. p. I-1651.
- CJCE, 16 juin 1998, *Hermès international contre FHT marketing choice BV*, C-53/96, Rec. p. I-3603.
- CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, Rec. p. I-3655.
- CJCE, 14 juillet 1998, *Gianni Bettati contre Safety Hi-Tech Srl*, C-341/95, Rec. p. I-4355.
- CJCE, 17 février 1998, *Baustahlgewebe GmbH contre Commission*, C-185/95, Rec. p. I-8417.
- CJCE, 2 mars 1999, *Nour Eddline El-Yassini contre Secretary of State for Home Department*, C-416/96, Rec. p. I-1209.
- CJCE, 4 mai 1999, *Sema Sürül contre Bundesanstalt für Arbeit*, C-262/96, Rec. p. I-2743.
- CJCE, 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund e.a. contre Autonome Provinz Bozen e.a.*, C-435/97, Rec. p. I-5613.
- CJCE, 23 novembre 1999, *République du Portugal contre Conseil*, C-149/96, Rec. p. I-7379.
- CJCE, 8 février 2000, *Emesa Sugar free zone NV contre Aruba*, C-17/98, Rec. p. I-665.
- CJCE, 16 mars 2000, *Sezgin Ergat contre Stadt Ulm*, C-329/97, Rec. p. I-1487.
- CJCE, 4 juillet 2000, *Commission contre République du Portugal*, C-62/98, Rec. p. I-5171.
- CJCE, 13 juillet 2000, *Centrosteeel Srl contre Adipol GmbH*, C-456/98, Rec. p. I-13617.
- CJCE, 11 mai 2000, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, C-37/98, Rec. p. I-2927.
- CJCE, 16 mai 2000, *Belgique contre Espagne*, C-388/95, Rec. p. I-3123.
- CJCE, 16 mai 2000, *Shirley Preston e.a. contre Wolverhampton Healthcare NHS Trust e.a. et Dorothy Fletcher e.a. contre Midland Bank plc*, C-78/98, Rec. p. I-3201.
- CJCE, 15 juin 2000, *Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-237/98 P, Rec. p. I-4549.
- CJCE, 19 septembre 2000, *Etat du Grand-Duché du Luxembourg contre Berthe Linster, Aloyse Linster et Yvonne Linster*, C-287/98, Rec. p. I-6917.
- CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever Italia SpA contre CentralFood SpA*, C-443/98, Rec. p. I-7535.

CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior SA contre Tuk Consultancy BV e.a.*, C-300 et 392/98, *Rec. p.* I-11307.

CJCE, 30 janvier 2001, *Royaume d'Espagne contre Conseil de l'Union européenne*, C-36/98, *Rec. p.* I-779.

CJCE, 15 février 2001, *Nachi Europe GmbH contre Hauptzollamt Krefeld*, C-230/99, *Rec. p.* I-1220.

CJCE, 6 mars 2001, *Bernard Connolly contre Commission des Communautés européennes*, C-274/99 P, *Rec. p.* I-1611.

CJCE, 8 mars 2001, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-68/99, *Rec. p.* I-1865.

CJCE, 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad vof e.a. contre Robert Groeneveld*, C-89/99, *Rec. p.* I-5851.

CJCE, 27 septembre 2001, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, C-63/99, *Rec. p.* I-6369.

CJCE, 27 septembre 2001, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte Julius Barkoci et Marcel Malik*, C-257/99, *Rec. p.* I-6557.

CJCE, 27 septembre 2001, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*, C-235/99, *Rec. p.* I-6427.

CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-377/98, *Rec. p.* I-7079.

CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale contre Xavier Tridon*, C-510/99, *Rec. p.* I-7777.

CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany e.a. contre Staatssecretaris van Justitie* C-268/99, *Rec. p.* I-8615.

CJCE, 13 décembre 2001, *Kloosterboer Roteerdam BV contre Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-317/99, *Rec. p.* I-9863.

CJCE, 29 janvier 2002, *Land Nordrhein-Westfalen contre Beata Pokrzepowicz-Meyer*, C-162/00, *Rec. p.* I-1049.

CJCE, 10 mars 2002, *NMB (Deutschland) GmbH et NMB Italia Srl et NMB (UK) Ltd contre Commission des Communautés européennes*, C-188/88, *Rec. p.* 1689.

CJCE, 12 mars 2002, *The Queen contre Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Omega Air Ltd et Omega Air Ltd, Aero Engines Ireland Ltd and Omega Aviation Services Ltd contre Irish Aviation Authority*, C-27 et 122/00, Rec. p. I-2569.

CJCE, 19 mars 2002, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, C-13/00, Rec. p. I-2943.

CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-418 et 419/00, Rec. p. I-3969.

CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer plc contre Commissioners of Customs & Excise*, C-62/00, Rec. p. I-6325.

CJCE, 5 novembre 2002, *Commission des Communautés européennes contre Danemark, Suède, Finlande, Belgique, Luxembourg, Autriche*, C-467 à 475/98, Rec. p. I-9519.

CJCE, 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA contre Conseil de l'Union européenne*, C-76/00, Rec. p. I-79.

CJCE, 6 février 2003, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) contre Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*, C-245/00, Rec. p. I-1251.

CJCE, 8 mai 2003, *Deutscher Handballbund eV contre Maros Kolpak*, C-438/00, Rec. p. I-4135.

CJCE, 11 septembre 2003, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*, C-211/01, Rec. p. I-8913.

CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Biret International SA & Etablissements Biret SA et Cie SA contre Conseil de l'Union européenne*, C-93 et 94/02 P, Rec. p. I-10497 et p. I-10565.

CJCE, ass. plén., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, C-224/01, Rec. p. I-10239.

CJCE, ass. plén., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre Etat belge*, C-148/02, Rec. p. I-11613.

CJCE, ass. plén., 9 décembre 2003, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, C-129/00, Rec. p. I-14637.

CJCE, 7 janvier 2004, *The Queen à la demande de Delena Wells contre Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, Rec. p. I-723.

CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV contre Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/00, *Rec. p.* I-837.

CJCE, 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région contre Électricité de France (EDF)*, C-213/03, *Rec. p.* I-7357.

CJCE, 16 septembre 2004, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, C-465/01, *Rec. p.* I-8291.

CJCE, Gde chbre, 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer e.a. contre Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV.*, C-397/01 à C-403/01, *Rec. p.* I-8835.

CJCE, 7 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-239/03, *Rec. p.* I-9325.

CJCE, Gde chbre, 16 novembre 2004, *Anheuser-Busch Inc. contre Budejovický Budvar, narodni podnik*, C-245/02, *Rec. p.* I-10989.

CJCE, 9 décembre 2004, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-219/03, inédit.

CJCE, Gde chbre, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB et Swedish Match UK Ltd contre Secretary of State for Health*, C-210-03, *Rec. p.* I-11893.

CJCE, Gde chbre, 1^{er} mars 2005, *Léon Van Parys NV contre Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, C-377/02, *Rec. p.* I-1465.

CJCE, Gde chbre, 12 avril 2005, *Igor Simutenkov contre Ministerio de Educacion y Cultura et Real Federación Española de Fútbol*, C-265/03, *Rec. p.* I-2579.

CJCE, Gde chbre, 3 mai 2005, *Procédures Pénales contre Silvio Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-291/02 et C-405/02, *Rec. p.* I-3565.

CJCE, Gde chbre, 16 juin 2005, *Procédure pénale contre Maria Pupino*, C-105/03, *Rec. p.* I-5285.

CJCE, 7 juillet 2005, *Gaye Gürol contre Bezirksregierung Köln*, C-374/03, *Rec. p.* I-6199.

CJCE, 14 juillet 2005, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-433/03, *Rec. p.* I-6985.

CJCE, Gde chbre, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, C-144/04, *Rec. p.* I-9981.

CJCE, 1^{er} décembre 2005, *Abdelkader Dellas e.a. contre Premier ministre e.a.*, C-14/04, Rec. p. I-10253.

CJCE, Gde chbre, 6 décembre 2005, *ABNA Ltd, Denis Brinicombe, BOCM Pauls Ltd, Devenish Nutrition Ltd, Nutrition Services (International) Ltd, Primary Diets Ltd contre Secretary of State for Health, Food Standards Agency e.a.*, C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, Rec. p. I-10423.

CJCE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'Economica e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, C-222/04, Rec. p. I-289.

CJCE, Gde chbre, 10 janvier 2006, *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association contre Department for Transport*, C-344/04, Rec. p. I-403.

CJCE, 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht BV contre Inspecteur der Belastingdienst – Douanedistrict Rotterdam*, C-311/04, Rec. p. I-609.

CJCE, Gde chbre, 30 mai 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-317/04 et C-318/04, Rec. p. I-4721.

CJCE, Gde chbre, 30 mai 2006, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, C-459/03, Rec. p. I-4635.

CJCE, Gde chbre, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana*, C-173/03, Rec. p. I- 5177.

CJCE, Gde chbre, 30 juin 2006, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, C-459/03, Rec. p. I-4635.

CJCE, Gde chbre, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. contre Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, C-212/04, Rec. p. I-6057.

CJCE, Gde chbre, 11 juillet 2006, *Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk contre Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, C-313/04, Rec. p. I-6331.

CJCE, Gde chbre, 16 septembre 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-145/04, Rec. p. I-7917.

CJCE, 26 octobre 2006, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, C-345/05, Rec. p. I-10633.

CJCE, 14 décembre 2006, *ASML Netherlands BV contre Semis*, C-283/05, Rec. p. I-12041.

CJCE, 18 janvier 2007, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Suède*, C-104/06, *Rec. p.* I-671.

CJCE, Gde chbre, 13 mars 2007, *Unibet contre Justitiekanslern*, C-432/05, *Rec. p.* I-2271.

CJCE, (ord.), 20 mars 2007, *Galileo Company e.a. contre Commission des Communautés européennes*, C-325/06 P, *Rec. p.* I-44.

CJCE (ord.), 17 avril 2007, *Mamate El Youssfi contre Office national des pensions (ONP)*, C-276/06, *Rec. p.* I-2851.

CJCE, 7 juin 2007, *Řízení Letového Provozu ČR, s. p. contre Bundesamt für Finanzen*, C-335/05, *Rec. p.* I-4307.

CJCE, 21 juin 2007, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, C-173/05, *Rec. p.* I-4917.

CJCE, Gde chbre, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. contre Conseil des ministres*, C-305/05, *Rec. p.* I-5305.

CJCE, 5 juillet 2007, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, C-522/04, *Rec. p.* I-5701.

CJCE, 18 juillet 2007, *F.T.S. International BV contre Belastingdienst – Douane West*, C-310/06, *Rec. p.* I-6749.

CJCE, Gde chbre, 11 septembre 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos contre Merck & Co. Inc.*, C-431/05, *Rec. p.* I-7001.

CJCE, 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale Ltd contre Commissioners of Customs & Excise*, C-351/04, *Rec. p.* I-7723.

CJCE, 13 décembre 2007, *Asda Stores contre Commissioners on Her Majesty's Revenue and Customs*, C-372/06, *Rec. p.* I-11223.

CJCE, Gde chbre, 12 février 2008, *Willy Kempter KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-2/06, *Rec. p.* I-411.

CJCE, 13 mars 2008, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-248/06, *Rec. p.* I-47.

CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, C-265/06, *Rec. p.* I-2245.

CJCE, Gde chbre, 15 avril 2008, *Impact contre Minister for Agriculture and Food e.a.*, C-268/06, *Rec.* p. I-2483.

CJCE, Gde chbre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. contre Secretary of State for Transport*, C-308/06, *Rec.* p. I-4057.

CJCE, 7 juin 2008, *J. van der Weerd e.a. contre Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-222 à 225/05, *Rec.* p. I-4233.

CJCE, Gde chbre, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer contre Total France SA et Total International Ltd*, C-188/07, *Rec.* p. I-4501.

CJCE, Gde chbre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes*, C-402 et 415/05 P, *Rec.* p. I-6351.

CJCE, Gde chbre, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC, Giorgio Fedon & Figli SpA et Fedon America, Inc. contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-120/06 et C-121/06 P, *Rec.* p. I-6513.

CJCE, Gde chbre, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, C-353/06, *Rec.* p. I-7639.

CJCE, 23 avril 2009, *Markku Sahlstedt e.a. contre Commission des Communautés européennes*, C-362/06 P, *Rec.* p. I-2903.

CJCE, 23 avril 2009, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, C-406/07, *Rec.* p. I-62.

CJCE, 6 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-562/07, *Rec.* p. I-9553.

CJCE, 6 octobre 2009, *Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne*, C-153/08, *Rec.* p. I-9735.

CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening contre Stockholms kommun genom dess marknämnd*, C-263/08, *Rec.* p. I-9967.

CJUE, Gde chbre, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, *Rec.* p. I-365.

CJUE, Gde chbre, 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla e.a. contre Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Rec.* p. I-1493.

CJUE, 18 mars 2010, *Rosalba Alassini e.a. contre Telecom Italia SpA*, C-317-320/08, *Rec.* p. I-2213.

CJUE, Gde chbre, 20 avril 2010, *Commission européenne contre Royaume de Suède*, C-246/07, *Rec.* p. I-3317.

CJUE, Gde chbre, 17 juin 2010, *Nawras Bolbol contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-31/09, *Rec.* p. I-5539.

CJUE, Gde chbre, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, C-409/06, *Rec.* p. I-8015.

CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, C-208/09, *Rec.* p. I-13693.

CJUE, 20 janvier 2011, *Commission européenne contre République hellénique*, C-155/09, *Rec.* p. I-65.

CJUE, 17 février 2011, *Artur Weryński contre Mediatel 4B spółka z o.o.*, C-283/09, *Rec.* p. I-601.

CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, *Rec.* p. I-1177.

CJUE, Gde chbre, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK contre Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, C-240/09, *Rec.* p. I-1255.

CJUE, 7 avril 2011, *Commission européenne contre République portugaise*, C-20/09, *Rec.* p. I-2637.

CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, *Rec.* p. I-3375.

CJUE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV contre Bezirksregierung Arnsberg*, C-115/09, *Rec.* p. I-3673.

CJUE, 16 juin 2011, *Fatma Pehlivan contre Staatssecretaris van Justitie*, C-484/07, *Rec.* p. I-5203.

CJUE, 16 juin 2011, *Commission européenne contre République d'Autriche*, C-10/10, *Rec.* p. I-5389.

CJUE, 13 octobre 2011, *Aurora Sousa Rodríguez e.a. contre Air France SA*, C-83/10, *Rec.* p. I-9469.

CJUE, 29 septembre 2011, *Commission européenne contre République d'Autriche*, C-387/10, *Rec.* p. I-142.

CJUE, 6 octobre 2011, *Commission européenne contre République portugaise*, C-493/09, *Rec.* p. I-9247.

CJUE, Gde chbre, 18 octobre 2011, *Boxus et Roua e.a. contre Région wallone*, affaires jointes C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, *Rec.* p. I-9711.

CJUE, 20 octobre 2011, *Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne*, C-284/09, *Rec.* p. I-9879.

CJUE, 10 novembre 2011, *X contre Inspecteur van de Belastingdienst et Y et X BV contre Inspecteur Van de Belastingdienst*, C-319/10 et C-320/10, *Rec.* p. I-167.

CJUE, Gde chbre, 15 novembre 2011, *Murat Dereci e.a. contre Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, *Rec.* p. I-11315.

CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *N.S. contre Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, *Rec.* p. I-13905.

CJUE, Gde chbre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contre Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, *Rec.* p. I-13755.

CJUE, Gde chbre, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez contre Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, C-282/10, *nep.*

CJUE, 16 février 2012, *Marie-Noëlle Solvay e.a. contre Région wallone*, C-182/10, *nep.*

CJUE, 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contre Marco Del Corso*, C-135/10, *pub. Rec. num.*

CJUE, 29 mars 2012, *Staatssecretaris van Justitie contre Tayfun Kahveci et Osman Inan*, C-7 et 9/10, *pub. Rec. num.*

CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, C-370/11, *pub. Rec. num.*

CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne contre République d'Estonie*, C-39/10, *pub. Rec. num.*

CJUE, 21 juin 2012, *Procédure pénale contre Titus Alexander Jochen Donner*, C-5/11, *pub. Rec. num.*

CJUE, 12 juillet 2012, *Muhamad Mugraby contre Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, C-581/11 P, *pub. Rec. num.*

CJUE, Gde chbre, 16 octobre 2012, *Hongrie contre République slovaque*, C-364/10, *pub. Rec. num.*

CJUE, 25 octobre 2012, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, C-387/11, *pub. Rec. num.*

CJUE, 8 novembre 2012, *Commission européenne contre République de Finlande*, C-342/10, *nep.*

CJUE, 15 novembre 2012, *Bericap Záródástechnikai Bt. contre Plastinnova 2000 Kft*, C-180/11, *nep.*

CJUE, 22 novembre 2012, *Digitalnet OOD, Tsifrova kompania OOD et M SAT CABLE AD contre Nachalnik na Mitnicheski punkt – Varna Zapad pri Mitnitsa Varna*, C-320/11, C-383/11, C-330/11 et C-382/11, *nep.*

CJUE, Gde chbre, 15 janvier 2013, *Jozef Križan e.a. contre Slovenská inšpekcia životného prostredia*, C-416/10, *nep.*

CJUE, 11 avril 2013, *David Edwards et Lilian Pallikaropoulos contre Environment Agency e.a.*, C-260/11, *nep.*

CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforening*, C-335 et 337/11, *nep.*

CJUE, 4 juillet 2013, *Commission européenne contre République italienne*, C-312/11, *nep.*

CJUE, Gde chbre, 18 mars 2014, *Z. contre A Government Department et The Board of management of a community school*, C-363/12, *nep.*

2. Tribunal de l'Union européenne et Tribunal de la fonction publique

TPICE, (ord.), 28 octobre 1993, *Fédération régionale des syndicats d'exploitants agricoles (FRSEA) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) contre Conseil des Communautés européennes*, aff. T-476/93, *Rec. p. II-1187*.

TPICE, 6 avril 1995, *BASF AG e.a. contre Commission des Communautés européennes*, T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, *Rec. p. II-729*.

TPICE, 27 avril 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources, Comité d'établissement de la Source Perrier, Syndicat CGT, Comité de groupe Perrier contre Commission des Communautés européennes*, T-96/92, *Rec. p. II-1213*.

TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, T-115/94, *Rec. p. II-39*.

TPICE, 5 mars 1997, *WWF UK contre Commission des Communautés européennes*, T-105/95, *Rec. p. II-313*.

TPICE, (ord.), 3 juin 1997, *Merck & Co. Inc., NV Organon et Glaxo Wellcome plc contre Commission des Communautés européennes*, T-60/96, *Rec. p. II-849*.

TPICE, (ord.), 30 septembre 1997, *Federazione nazionale del commercio oleario (Federolio) contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-122/96, *Rec. p. II-1559*.

TPICE, (ord.), 18 février 1998, *Comité d'entreprise de la Société de production e.a. contre Commission des Communautés européennes*, T-189/97, *Rec. p. II-335.**

TPICE, 6 juin 1998, *Interporc Im- und Export GmbH contre Commission des Communautés européennes*, T-124/96, *Rec. p. II-231*.

TPICE, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet contre Conseil de l'Union européenne*, T-174/95, *Rec. p. II-2289*.

TPICE, 27 janvier 2000, *Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) contre Commission des Communautés européennes*, T-256/97, *Rec. p. II-101*.

TPICE, (ord.), 7 avril 2000, *Nancy Fern Olivieri contre Commission des Communautés européennes*, T-326/99, *Rec. p. II-1985*.

TPICE, 27 juin 2000, *Salamander AG e.a. contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. Jtes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Rec. p. II-2487*.

TPICE, 11 décembre 2001, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni e.a. contre Commission des Communautés européennes*, T-191/99, *Rec. p. II-3677*.

TPICE, 11 janvier 2002, *Biret International SA contre Conseil de l'Union européenne*, T-174/00, *Rec. p. II-17*.

TPICE, (ord.), 10 septembre 2002, *Japan Tobacco et JT International SA contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, T-223/01, *Rec. p. II-3259*.

TPICE, 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic Co. Ltd contre Conseil de l'Union européenne*, T-35/01, *Rec. p. II-3663*.

TPICE, 28 octobre 2004, *Olga Lutz Herrera contre Commission*, T-219/02 et 337/02, *Rec. p. II-1407*.

TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands International, Inc., Chiquita Banana Co. BV et Chiquita Italia SpA contre Commission des Communautés européennes*, T-19/01, *Rec. p. II-315*.

TPICE, 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-306/01, *Rec. p. II-3533*.

TPICE, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-315/01, *Rec. p. II-3649*.

TPIUE, 28 novembre 2005, *European Environmental Bureau (EEB) e.a. contre Commission des Communautés européennes*, T-94/04, *Rec. p. II-4919*.

TPI, 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-69/00, *Rec. p. II-5393*.

TPI, 14 décembre 2005, *Beamglow Ltd contre Parlement européen*, T-383/00, *Rec. p. II-5459*.

TPI, 14 décembre 2005, *Le Laboratoire du Bain contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-151/00, *Rec. p. II-23*.

TPI, 10 mai 2006, *Galileo International Technology LLC e.a. contre Commission des Communautés européennes*, T-279/03, *Rec. p. II-1291*.

TPI, 16 novembre 2006, *Masdar (UK) Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-333/03, *Rec. p. II-4377*.

TPI, 13 décembre 2006, *É. R., e.a. contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, T-138/03, *Rec. p. II-4923*.

TPIUE, (ord.), 11 septembre 2007, *Fels-Werke GmbH, Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH et Spenner-Zement GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, T-28/07, *Rec. p. II-98*.

TPICE, Gde chbre, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes*, T-201/04, *Rec. p. II-3601*.

TPICE, 27 novembre 2007, *Athanasios Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne (BCE)*, T-3/00 et T-337/04, *Rec. p. II-4779*.

TPICE, 8 juillet 2008, *Sviluppo Italia Basilicata SpA contre Commission des Communautés européennes*, T-176/06, *Rec. p. II-126*.

TPICE, 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran contre Conseil de l'Union européenne*, T-284/08, *Rec. p. II-3487*.

TFPUE, 30 avril 2009, *Laleh Aayhan e.a. et Colette Renier contre Parlement européen*, F-65/07 et F-8/08.

TFPUE, 4 juin 2009, *Vahan Adjemian e.a. contre Commission des Communautés européennes*, F-134/07 et F-8/08.

TribUE, 4 mars 2010, *Sun Sang Kong Yuen Shoes Factory Corp. Ltd contre Conseil de l'Union européenne*, T-409/06, *Rec. p. II-807*.

TribUE, (ord.), 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, T-18/10, *Rec. p. II-5599*.

TribUE, Gde chbre, (ord.), 7 septembre 2010, *Norilsk Nickel Harjavalta Oy et Umicore SA/NV contre Commission européenne*, T-532/08, *Rec. p. II-3959*.

TribUE, (ord.), 6 septembre 2011, *Muhamad Mugarby contre Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, T-292/09, *Rec. p. II-255*.

TribUE, 16 décembre 2011, *Enviro Tech Ltd et Enviro Tech International contre Commission européenne*, T-291/04, *Rec. p. II-8281*.

TribUE, 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe contre Commission européenne*, T-338/08, *pub. Rec. num.*

TribUE, 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht contre Commission européenne*, T-396/09, *pub. Rec. num.*

TribUE, 7 mars 2013, *Rütgers Germany GmbH e.a. contre Agence européenne des produits chimiques (ECHA)*, T-96/10, *nep.*

TribUE, 13 septembre 2013, *ClientEarth contre Commission européenne*, T-111/11, *nep.*

TribUE, 5 novembre 2013, *Rusal Armenal ZAO contre Conseil de l'Union européenne*, T-512/09, *nep.*

B. Juridictions françaises

1. Conseil d'Etat, juridictions administratives

- CE, 23 juillet 1823, *Dame Veuve Murat, Comtesse de Lipona*, n°6066, *Leb.* p. 545.
- CE, 22 juillet 1892, *Samuel*, n°77771, *Leb.* p. 633.
- CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli*, n°19167, *Leb.* p. 97.
- CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des Patrons-coiffeurs de Limoges*, n°25521, *Leb.* p. 977.
- CE, 8 mars 1912, *Lafage*, n°42612, *Leb.* p. 353.
- CE, 28 février 1913, *Compagnie des Chemins de Fer de l'Est*, n°37298, *Leb.* p. 307.
- CE, 5 février 1926, *Dame Caraco*, n°83102, *Leb.* p. 125.
- CE, 21 janvier 1927, *Commune de Lame*, n°85669, *Leb.* p. 80.
- CE, 3 juillet 1931, *Sieurs Karl et Toto Samé*, n°91882 et 91883, *Leb.* p. 722.
- CE, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, n°41222, *Leb.* p. 966.
- CE, ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*, n°51704, *Leb.* p. 25.
- CE, 27 Décembre 1946, *Syndicat national de la meunerie d'exportation*, n°62632, *Leb.* p. 320.
- CE, ass., 13 mai 1949, *Bourgoin*, *Leb.* p. 214.
- CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame lamotte*, n°86949, *Leb.* p.110.
- CE, 26 mai 1950, *Sieur Dirat*, n°89424, *Leb.* p. 87.
- CE, sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, n°95629, *Leb.* p. 403.
- CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, n°16690, *Leb.* p. 291.
- CE, 13 juin 1952, *Barrau*, n°9105, *Leb.* p. 309.
- CE, 3 février 1956, *Pétalas*, n°37171, *Leb.* p. 44.

- CE, 16 novembre 1956, *Villa*, n°25627, *Leb.* p.133.
- CE, 1 avril 1960, *Quériaud*, n°45570, *Leb.* p. 245.
- CE, ass., 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, n°4594, *Leb.* p. 172.
- CE, 13 juillet, 1961, *Société indochinoise d'électricité*, n°21499, *Leb.* p. 519.
- CE, 23 novembre 1961, *Sieur Mbounya*, n°36648, *Leb.* p. 612.
- CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, n^{os}45891 et 45892, *Leb.* p. 475.
- CE, 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques*, n°57736, *Leb.* p. 676.
- CE, 23 octobre 1963, *Sieur Costa*, n°31980, *Leb.* p. 496.
- CE, 30 octobre 1964, *Société Prosagor*, n°57418, *Leb.* p. 496.
- CE, ass., 27 novembre 1964, *Ministre des Finances contre Dame veuve Renard*, n°59068, *Leb.* p. 190.
- CE, 7 avril 1965, *Secrétaire d'État au commerce extérieur contre Hurni*, n° 57537, *Leb.* p. 226.
- CE, ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, n°5278, *Leb.* p. 423.
- CE, 1 octobre 1965, *Ministre des affaires étrangères contre Dame Lavielle*, n°61856, *Leb.* p. 590.
- CE, ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, n°50515, *Leb.* p. 257.
- CE, 1 février 1967, *Sieur Hough e.a.*, n°64002, *Leb.* p. 52.
- CE, 16 juin 1967, *Monod*, n°65462, *Leb.* p. 256.
- CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des producteurs de semoules de France*, n°62814, *Leb.* p. 149.
- CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, n°68938, *Leb.* p. 607.
- CE 10 décembre 1969, *Sieur Guérin*, n°74037, *Leb.* p. 565.
- CE, 4 novembre 1970, *Sieur de Malglaive*, n°68866, *Leb.* p. 635.
- CE, sect., 26 janvier 1973, *Driancourt*, n°84768, *Leb.* p. 78.

- CE, 1^{er} juillet 1974, *Société des Etablissements Bertagna*, req. n°87358, *Leb.* p. 383.
- CE, 27 janvier 1978, *Association France Terre d'Asile*, n°11791, *Leb.* p. 33.
- CE, sect., 27 octobre 1978, *Debout*, n°7103, *Leb.* p. 395.
- CE, ass., 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) e.a.*, n°s10097, 10677 et 10679, *Leb.* p. 493.
- CE, 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, n°11604, *Leb.* p. 524.
- CE, 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, n°8788, *Leb.* p. 373.
- CE, ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, n°17541, *Leb.* p. 383.
- CE, 6 juin 1980, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, n°s17769, 18782 et 19571, *Leb.* p. 259.
- CE ass., 19 mai 1981, *Rekhou*, n°15092, *Leb.* p. 220.
- CE, 13 mai 1983, *M.X.*, n°28831, *Leb.* p. 187.
- CE, 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget, (Mlle Valton et Mlle Crepeaux)*, n°s37772 et 37774, *Leb.* p. 148.
- CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, n°28467, *Leb.* p. 512.
- CE, 7 décembre 1984, *Fédération nationale des sociétés de protection de la nature*, n°s41761 et 41972, *Leb.* p. 410.
- CE, ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, n°64106, *Leb.* p. 71.
- CE, 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, n°s44484 et 44485, *Leb.* p. 263.
- CE, sect., 26 juillet 1985, *O.N.I.C.*, n°53153, *Leb.* p. 233.
- CE 13 décembre 1985, *Zakine*, n°45231, *Tables Leb.* pp. 448-515-516-740-750.
- CE, 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, n°56231, *Leb.* p. 586.
- CE, 6 février 1987, *Albert*, n° 80905, Inédit.
- CE, ass., 8 avril 1987, *Procopio*, n°79840, *Leb.* p. 136.
- CE, ass., 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation contre Peltier*, n°55895, *Leb.* p. 128.

- CE, 27 janvier 1989, *Beaumartin e.a.*, n°35112, *Leb.* p. 35.
- CE, ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n°74052, *Leb.* p. 44.
- CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n°108243, *Leb.* p. 190.
- CE, sect., 22 décembre 1989, *Ministre du budget contre Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, n°86113, *Leb.* p. 260.
- CE ass., 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, n°78519, *Leb.* p. 171.
- CE, 9 janvier 1991, *Ministre du budget contre Société coopérative Caisse immobilière commerciale et industrielle*, n°65916, *Leb.* p. 7.
- CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, n°95461, *Leb.* p. 261.
- CE, ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, n°87753, *Leb.* p. 78.
- CE, 22 mai 1992, *Larachi*, n°99475, *Leb.* p. 203.
- CE, sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, n°111946-111949, *Leb.* p. 15.
- CE, ass., 15 octobre 1993, *Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie royale de Hong-Kong*, n°142578, *Leb.* p. 267.
- CE, 18 février 1994, *Gardedieu*, n°112587, *Tables Leb.*, p. 746.
- CE, 7 mars 1994, *Association pour le tracé ouest du contournement routier de Carling*, n°139129, *Leb.* p. 114.
- CE, 29 juillet 1994, *Préfet de la Seine-Maritime contre Abdelmoula*, n° 143866, *Leb.* p. 732.
- CE, 24 mai 1995, *Brunet*, n°131990, Inédit.
- CE, sect., 23 juin 1995, *Lilly France*, n°^{os}149226, 155083 et 162001, *Leb.* p. 257.
- CE, 29 décembre 1995, *Kavvadias*, n°129659, *Leb.* p. 477.
- CE, 29 décembre 1995, *Société Sudfer*, n°118754, *Leb.* p. 465.
- CE, 15 mai 1996, *Société de manutention du bassin minéralier de Dunkerque (SOMABAMI)*, n°168506, Inédit.
- CE, ass., 3 juillet 1996, *Kone*, n°169219, *Leb.* p. 255.
- CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, n°45126, *Leb.* p. 397.

- CE, sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n°163043, *Leb.* p. 330.
- CE, sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, 151064, *Leb.* p. 300.
- CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, n°161364, *Leb.* p. 319.
- CE, sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, n°170341, *Leb.* p. 346.
- CE, ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, n°140032, *Leb.* p. 460.
- CE, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, n°138310, *Leb.* p. 501.
- CE, ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, n°138777, *Leb.* p. 30.
- CE, 16 mars 1998, *Association des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires et Mlle Poujol*, n° 190768, *Leb.* p. 84.
- CE, sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592, *Leb.* p. 288.
- CE, 7 octobre 1998, *Larquetoux*, n°185657, *Leb.* p. 667.
- CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher e.a.*, n°s200286 et 200287, *Leb.* p. 368.
- CE, ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, n°181249, *Leb.* p. 484.
- CE, 24 février 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique e.a.*, n°195354, *Leb.* p. 29.
- CE, ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, n°s194658 et 196116, *Leb.* p. 37.
- CE, ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddash*, n°180277, *Leb.* p. 115.
- CE, 26 novembre 1999, *Société martiniquaise de concession*, n°s154053 et 154054, *Tables Leb.* p. 673, 689, 695, 1048.
- CE, ass., 3 décembre 1999, *Jean-Louis Didier*, n°207434, *Leb.* p. 399.
- CE, 28 juillet 2000, *Phumu Phumu*, n°214324, Inédit.
- CE, 28 juillet 2000, *Mafouta*, n°211086, Inédit.
- CE, 6 novembre 2000, *GISTI*, n°204784, *Tables Leb.*, p. 782-1031.
- CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, n°204756, *Leb.* p. 581.
- CE, 8 décembre 2000, *Commune de Roquebillière*, n°205247, Inédit.
- CE, 8 décembre 2000, *Commune d'Auvare*, n°205241, Inédit.

- CE, 23 février 2000, *Bamba Dieng e.a.*, n°157922, *Leb.* p. 72.
- CE, 21 avril 2000, *Zaïdi*, n°206902, *Leb.* p. 159.
- CE, 7 juillet 2000, *Fédérations nationales des associations tutélaires*, req. n°213461, *Tables Leb.*, p. 781-815-821-989.
- CE, 24 janvier 2001, *Guillaume*, n°227439, *Leb.* p. 34.
- CE, 14 février 2001, *M. Nezdulkins*, n°220271, *Leb.* p. 58.
- CE, 9 mai 2001, *Entreprise Transports Freymuth*, n° 210944, *Tables Leb.*, pp. 865, 1151.
- CE, ass., 11 juillet 2001, *FNSEA*, n°219494, 221021, 221274, 221275, 221412, *Leb.* p. 340.
- CE, 12 novembre 2001, *Watenne*, n° 214101, *Tables Leb.*, p. 820, 839, 1018.
- CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n°239366, *Leb.* p. 260.
- CE, ass., 6 décembre 2002, *Maciolak contre Département de l'Allier, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, n°239540, *Leb.* p. 426.
- CE, ass., 6 décembre 2002, *M. et Mme Draon*, n°250167, *Leb.* p. 423.
- CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du Territoire et de l'Environnement*, n°240430, *Leb.* p. 510.
- CE, ass., 5 mars 2003, *M. Aggoun*, req. n°242860, *Leb.* p. 77.
- CE, 16 juin 2003, *M. Cavaciuti*, n°246794, *Tables Leb.* p. 614, 615.
- CE, 9 juillet 2003, *Taamallah*, n°238724, Inédit.
- CE, 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, n°245076, *Leb.* p. 347.
- CE, 21 novembre 2003, *Société suisse de radiodiffusion et television*, n°239898, *Leb.* p. 458.
- CE, sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime contre El Bahi*, n° 240267, *Leb.* p. 480.
- CE, ass., 12 décembre 2003, *U.S.P.A.C.-C.G.T.-Syndicat C.G.T. des personnels des affaires culturelles*, n°239507, n°245195, *Leb.* p. 508.
- CE, sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, n° 240560, *Leb.* p. 48.
- CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886, *Leb.* p. 197.
- CE, 28 juillet 2004, *Préfet de police contre Nait Saad*, n°253927, Inédit.
- CE, 3 novembre 2004, *Koci*, n°263826, Inédit.

- CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et Baillard*, n°257341, 257534, *Leb.* p. 1.
- CE, 30 mars 2005, *Kwantwoo*, n°260707, Inédit.
- CE, 20 avril 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°271216, *Tables Leb.* p. 703.
- CAA Paris, 2^e ch. A, 1^{er} juin 2005, req. n°PA03825.
- CE, 26 septembre 2005, *Association collectif contre l'handiphobie*, n°248357, *Leb.* p. 391.
- CE, réf., 9 décembre 2005, *Allouache*, n°287777, *Leb.* p. 562.
- CE, ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, n°259584, *Leb.* p. 570.
- CE, 28 décembre 2005, *Préfet de la Haute-Savoie contre Ali A*, n°274204, Inédit.
- CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n°288460, *Leb.* p. 154.
- CE, 5 avril 2006, *Dumont*, n°275742, *Tables Leb.*, p. 1042, 1104, 1114.
- CE, 26 avril 2006, *Association FERUS*, n°271670, *Tables Leb.* p. 772, 958.
- CE, 10 mai 2006, *Mao*, n°274094, Inédit.
- CE, 7 juin 2006, *Association AIDES*, n°285576, *Leb.* p. 282.
- CE, 19 juin 2006, *Associations eaux et rivières de Bretagne*, n°282456, *Tables Leb.*, pp. 753, 956.
- CE, 10 juillet 2006, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°281855, Inédit.
- CE, ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot*, n° 234560, *Leb.* p. 512.
- CE, 29 décembre 2006, *M^{me} Magroune*, n° 284467, Inédit.
- CE, 10 janvier 2007, *Grass*, n°297864, *Leb.* p. 8.
- CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n°279522, *Leb.* p. 78.
- CE, ass., 8 février 2007, *Société ARCELOR Atlantique et Lorraine*, n°287110, *Leb.* p. 55.
- CE, 26 février 2007, *Réunion des organismes Conventionnés assureurs*, n°289744, *Tables Leb.*, pp. 647, 985.
- CE, réf., 27 avril 2007, *Commune de Bourgoin-Jallieu*, n°304042, Inédit.
- CE, 30 mai 2007, *Hoffer*, n°251144, *Tables Leb.*, p. 660, 1033, 1049.
- CE, sect., 4 juin 2007, *Lagier, Consorts Guignon*, n°303422, *Leb.* p. 779.

- CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, n°292942, *Leb.* p. 237.
- CE, 6 juin 2007, *Association le réseau sortir du nucléaire*, n° 292386, *Leb.* p. 242.
- CE, sect., 2 juillet 2007, *Association des accidentés de la vie*, n°295685, Inédit.
- CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EDF-BTP*, n° 297711, 297870, 297829, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171 et 301238, *Leb.* p. 298.
- CE, 13 juillet 2007, *Sociétés Pacific espace*, n°290266, *Tables Leb.*, p. 776, 791.
- CE, ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n°291545, *Leb.* p. 360.
- CE, 25 juillet 2007, *Deroeux*, n°292733, Inédit.
- CE, 25 juillet 2007, *Hellequin*, n°292739, Inédit.
- CE, 25 juillet 2007, *Mme Lowinski*, n°292730, Inédit.
- CE, 11 janvier 2008, *Lesage et M. et Mme de Bouard*, n°292493, *Leb.* p. 1.
- CE, 4 février 2008, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n°294867, Inédit.
- CE, 5 mars 2008, *Société NRJ 12 et Société de Télévision France 1*, n° 281451, *Leb.* p. 79.
- CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux-Conseil des barreaux européens*, n°296845 et 296907, *Leb.* p. 129.
- CE, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n°297931, *Leb.*, p. 322.
- CE, sect., 3 octobre 2008, *Roche*, n°291928, *Leb.* p. 339.
- CE, sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°293785, *Leb.* p. 374.
- CE, 18 décembre 2008, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute*, n°310027, Inédit.
- CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de Montagne*, n°292397, *Tables Leb.*, pp. 597, 846, 914.
- CE, 26 mai 2009, *Département des Deux-Sèvres*, n°297085, *Tables Leb.* pp. 643, 870, 942.
- CE, 27 juillet 2009, *Comité interprofessionnel du vin de Champagne*, n°301385, Inédit.
- CE, 31 juillet 2009, *Société Ulysse SAS*, n°316525, *Leb.*, p. 328.
- CE, 3 septembre 2009, *Société Orléans Gestion*, n°301095, *Tables Leb.* p. 978.
- CE, 2 octobre 2009, *Union syndicale solidaire de l'Isère*, n°301014, *Tables Leb.*, p. 655, 970.

- CE, ass., 30 octobre 2009, *Emmanuelle Perreux*, n°298348, *Leb.* p. 407.
- CE, sect., 6 novembre 2009, *Réseau Ferré de France*, n°296011, *Leb.* p. 439.
- CE, 30 décembre 2009, *Commune de Cannet-des-Maures*, n°319942, *Tables Leb.*, p. 911, 990.
- CE, 17 mars 2010, *Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ De Roux*, n°315831, *Leb.* p. 72.
- CE, 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n°317225, Inédit.
- CE, 19 mai 2010, *Compagnie majestic executive aviation AG*, n°327255, *Tables Leb.* p. 820.
- CE, 19 mai 2010, *La Cimade et le Groupe d'Information et de soutien des Immigrés (GISTI)*, n°323758, *Tables Leb.*, pp. 800, 801.
- CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n°312305, *Leb.* p. 165.
- CE, réf., 16 juin 2010, *Madame Diakite*, n°340250, *Leb.* p. 206.
- CE, ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n°327663, *Leb.* p. 268.
- CE, ass., 9 juillet 2010, *Cheriet Benseghir*, n°317747, *Leb.* p. 251.
- CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier Les Hauts de Choiseul contre Cne d'Amboise*, n°328687, *Leb.* p. 333.
- TA Saint Denis de la Réunion, 18 octobre 2010, *SCM Gervais SCEMAMA*, n°901373.
- CE, 23 décembre 2010, *Association Aide e.a.*, n°335738, *Tables Leb.*, p. 774, 991.
- CE, avis, 21 mars 2011, *M. Jin et M. Thiero*, n°345978 346612, *JORF* n°0129 du 4 juin 2011, p. 9638, texte n° 87.
- CE 28 mars 2011, *Collectifs contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et de Migné-Auxances*, n°330256, *Tables Leb.*, p. 967.
- CE, 24 août 2011, *Association Vaincre l'autisme*, n° 332876, Inédit.
- CE, 10 octobre 2011, *Union syndicale solidaires Isère*, n°301014, Inédit.
- CE, 16 novembre 2011, *Société Ciel et Terre*, n° 344972, *Tables Leb.*, p. 746, 825, 947.
- CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthy*, n°335033, *Leb.* p. 650.
- CE, ass., 23 décembre 2011, *Kandyrine De Brito Paiva*, n°303678, *Leb.* p. 624.
- CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805, *Leb.* p. 102.

CE, ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'Insertion par le logement (FAPIL)*, n°322326, *Leb.* p. 142.

CE, 24 avril 2012, *Société Abbey national treasury services*, n° 343709, Inédit.

CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n°341533, *Leb.* p. 261.

CE, 17 octobre 2012, *Zinedine B.*, n°358538, Inédit.

CE, 29 octobre 2012, *Chegrani*, n° 329649, Inédit.

CE, 6 décembre 2012, *Société air Algérie*, n°347870, *Leb.* p. 398.

CE, 20 mars 2013, *Association Robin des toits*, n°354321, Inédit.

CE, ass., 12 avril 2013, *Association coordination régionale stop THT*, n°342409, *Leb.* p. 60.

CE, 12 juin 2013, *Société Natixis et Crédit agricole*, n°349185, Inédit.

CE, ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la Pêche en France*, n°344522, *Leb.* p. 192.

CE, 25 septembre 2013, *Société française pour l'environnement*, n°352660, Inédit.

CE, 10 février 2014, *Commission paritaire nationale des chambres de métiers et de l'artisanat*, n°358992, *nep.*

CE, 16 juillet 2014, *Conseil national des professions de l'automobile*, n°365515, Inédit.

CE, 23 juillet 2014, *Société d'éditions et de protection route*, n°354365, *nep.*

2. Cour de cassation

Cass. civ., 22 décembre 1931, *Sanchez contre Gozland*, *J.D.I. (Clunet)*, 1932, p. 683.

Cass. crim., 29 juin 1972, *Males*, *Bull.crim.*, p. 595.

Cass, ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, *D.*, 1975, p. 497.

Cass 1^{ère} civ., 15 novembre 1989, *Sieurs Lalanne et Sutter*, n°1989-3803, *J.D.I. (Clunet)*, 1990, p. 611.

Cass, ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, n°99-60274, *Bull. civ.*, n° 4, p. 7.

Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Vincent x*, n°02-16336, *Bull. civ.*, n°211, p. 179.

Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, *M. S*, n°07-44124, *Bull. civ.*, n°146.

Cass. soc., 16 décembre 2008, *Eichenlaub contre Axia France*, n°05-40876, *Bull. civ.*, n°251.

Cass. soc., 4 juin 2009, *M. X contre caisse régionale de crédit agricole mutuel de l'île-de-France*, n°08-41359, *Bull. civ.*, n°146.

Cass. soc., 29 juin 2011, *M. X contre Société Y*, n°09-71107, *Bull. civ.*, n°181.

Cass., ass. plén., 5 avril 2013, *Rachid X*, n°11-17520, *Bull. civ.*, n°2.

Cass., ass plén., 5 avril 2013, *Tékin X*, n°11-18947, *Bull. civ.*, n°3.

Cass. 3^{ème} civ., 10 avril 2013, *Tsar z et Tsar A*, n°11-21947, *Bull. civ.*, n°50.

3. Tribunal des conflits

T. confl., 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau e.a.*, n°3828, *Leb.* p. 698.

4. Conseil constitutionnel

Cons. const., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n°75-54, *Rec. CC*, p. 19.

Cons. const., 30 décembre 1980, *Loi de Finances de 1981*, déc. n°80-126, *Rec. CC*, p.89

Cons. const., 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n°86-216, *Rec. CC*, p. 135.

Cons. const., 18 septembre 1986, *Loi sur la liberté de communication*, n°86-217, *Rec. CC*, p. 223.

Cons. const., 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, n°89-271, *Rec. CC*, p. 21.

Cons. const., 20 mai 1998, *droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*, n°98-404, *Rec. CC*, p. 251.

Cons. const., 22 janvier 1999, *Traité portant statut pour la Cour pénale internationale*, n°98-408, *Rec. CC*, p. 29.

Cons.const., 23 juillet 1999, *Loi sur la couverture maladie universelle*, n°99-416, *Rec. CC*, p. 100.

Cons.const., 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, n°2003-488, *Rec. CC*, p. 480.

Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496, *Rec. CC*, p. 101.

Cons. const., 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, n° 2004-505, *Rec. CC*, p. 73.

Cons.const., 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, 2005-514, *Rec. CC*, p. 78.

Cons. const., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540, *Rec. CC*, p. 88.

Cons. const., 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n°2008-564, *Rec. CC*, p. 313.

Cons. const., 28 mai 2012, *Khedidja et Moktar Labane*, QPC n°2010-1, *Rec. CC*, p. 91.

Cons. const., 13 juillet 2012, *France nature environnement*, n°2012-262, *Rec. CC*, p. 326.

C. Juridictions internationales

1. Cour permanente de Justice internationale, Cour internationale de Justice

CPJI, 17 août, 1923, *Vapeur Wimbledon, Royaume-Uni, France, Italie, Japon contre Allemagne*, Rec. CPJI, Série A, p. 14.

CPJI, 26 mars 1925, *Concession Mavrommatis à Jerusalem*, Rec. CPJI, Série A, p. 6.

CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Rec. CPJI, série A, p. 19.

CPJI, 26 juillet 1927, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demande en indemnité, compétence)*, Rec. CPJI, Série A, p. 4.

CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (jugement au fond)*, Rec. CPJI, Série A, p. 4.

CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, Rec. CPJI, série B, p. 15.

CPJI, avis consultatif, 31 juillet 1930, *Question des communautés gréco-bulgares*, Rec. CPJI, Série B, p. 5.

CPJI, avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzig*, Rec. CPJI, Série A/B, p. 3.

CPJI, 14 juin 1938, *Phosphates du Maroc, Italie contre France, exceptions préliminaires*, Rec. CPJI, Série A/B, p. 10.

CIJ, avis consultatif, 11 avril 1949, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. CIJ, p. 174.

CIJ, 18 juillet 1966, *Affaires du Sud-Ouest africain (2^{ème} phase), Ethiopie contre Afrique du Sud et Liberia contre Afrique du Sud*, Rec. CIJ, p. 6.

CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962), Belgique contre Espagne*, Rec. CIJ, p. 3.

CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Rec. CIJ, p. 15.

CIJ, ord., 14 avril 1992, *Jamahiriya arabe lybienne contre Etats Unis d'Amérique, affaire de l'incident aérien de Lockerbie*, Rec. CIJ, p. 3.

CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand – Allemagne contre États Unis*, Rec. CIJ, p. 466.

CIJ, 31 mars 2004, *Avena e.a. ressortissants mexicains, (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. CIJ, p. 12.

CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. CIJ, p. 136.

CIJ, 24 mai 2007, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires*, Rec. CIJ, p. 324.

CIJ, 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena e.a. ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. CIJ, p. 3.

2. Tribunaux arbitraux

Commission des réclamations Etats-Unis/ Panama, *Mariposa Development Company and others (Etats-Unis contre Panama)*, jugement du 27 juin 1933, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 338-341.

Sentence Arbitrale, *Affaire de la Compagnie d'électricité de Varsovie (fond) (France contre Pologne)*, 23 mars 1936, Amsterdam, *R.S.A.*, Vol. III, p. 1689-1699.

Tribunal arbitral constitué par le Gouvernement de la république française et l'UNESCO, 14 janvier 2003, *sentence arbitrale relative à le sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, *R.G.D.I.P.*, 2003, p. 221.

CIRDI, 16 juin 2003, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contre United States of America (sentence)*, aff. ARB(AF)/98/3257, *I.L.M.*, pp. 811-851.

CIRDI, 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine (award)*, n°ARB/01/8, *I.L.M.*, p. 1238.

CNUDCI, 24 décembre 2007, *B.G. Group Plc. contre Argentine*, disponible sur internet : <http://ita.law.uvic.ca/>.

3. Commission européenne des droits de l'homme, Cour européenne des droits de l'homme

Commission EDH, 11 janvier 1961, *Autriche contre Italie*, req. n°788/60.

Cour EDH (plénière), arrêt (satisfaction équitable), 10 mars 1972, *De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagabondage ») contre Belgique*, req. n°s2832/66, 2835/66 et 2899/66.

Cour EDH (plénière), 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, req. n°4451/70.

Cour EDH, 6 février 1976, *Syndicat suédois de conducteurs de locomotives contre Suède*, req. n°5614/72.

Cour EDH (plénière), 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, req. n°5310/71.

Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer contre Royaume-Uni*, req. n°5856/72.

Cour EDH (plénière), 6 septembre 1978, *Klass e.a. contre Allemagne*, req. n°5029/71.

Cour EDH (plénière), 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, req. n°s6878/75 et 7238/75.

Cour EDH (plénière), 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, req. n°7525/76.

Cour EDH, 25 mars 1983, *Silver e.a. contre Royaume-Uni*, req. n°s5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75.

Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber contre Belgique*, req. n°9186/80.

Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y contre Pays Bas*, req. n°8978/80.

Cour EDH (plénière), 21 février 1986, *James e.a. contre Royaume-Uni*, req. n°8793/79.

Commission EDH (plénière), 15 juillet 1986, *B. contre Belgique*, req. n°9938/82.

Cour EDH, 2 mars 1987, *Monnel et Morris contre Royaume-Uni*, req. n^{os}9562/81 et 9818/82.

Cour EDH (plénière), 26 octobre 1988, *Norris contre Irlande*, req. n^o8225/78.

Cour EDH (plénière), 27 avril 1988, *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*, req. n^{os}9659/82 et 9658/82.

Cour EDH, 24 octobre 1989, *H. contre France*, req. n^o10073/82.

Commission EDH, 9 février 1990, *M. & Co. contre Allemagne*, req. n^o13258/87.

Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin contre France*, req. n^o11801/85.

Cour EDH (plénière), 29 octobre 1991, *Jan-Ake Andersson contre Suède*, req. n^o11274/84.

Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos contre Chypre*, req. n^o15070/89.

Cour EDH (plénière), 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos contre Espagne*, req. n^o12952/87.

Cour EDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin contre France*, req. n^o15287/89.

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, req. n^o13427/87.

Cour EDH, Gde chbre, arrêt (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, *Loizidou contre Turquie*, req. n^o15318/89.

Cour EDH, Gde chbre, 27 septembre 1995, *McCann e.a. contre Royaume-Uni*, req. n^o18984/91.

Cour EDH, Gde chbre, 16 décembre 1999, *V. contre Royaume-Uni*, req. n^o24888/94.

Cour EDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek contre France*, req. n^o34406/97.

Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis contre Royaume-Uni*, req. n^o36042/97.

Cour EDH, Gde chbre, 26 juillet 2002, *Meftha e.a. contre France*, req. n^{os}32911/96, 35237/97 et 34595/97.

Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol contre France*, req. n^o49636/99.

Cour EDH, Gde chbre, 13 février 2003, *Odièvre contre France*, req. 42326/98.

Cour EDH, Gde chbre, décision sur la recevabilité, 10 mars 2004, *SENATOR LINES GmbH contre quinze Etats membres de l'Union européenne*, req. n^o56672/00.

Cour EDH, Gde chbre, 12 mai 2005, *Öcalan contre Turquie*, req. n^o46221/99.

Cour EDH, Gde chbre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi contre Irlande*, req. n°45036/98.

Cour EDH, Gde chbre, 19 octobre 2005, *Roche contre Royaume-Uni*, req. n°32555/96.

Cour EDH, Gde chbre, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen contre Allemagne*, req. n°22978/05.

Cour EDH, Gde chbre, 6 janvier 2011, *Paksas contre Lituanie*, req. n°34932/04.

Cour EDH, Gde chbre, 21 janvier 2011, *M.S.S. contre Belgique et Grèce*, req. n°30696/09.

Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud contre France*, req. n°12323/11.

Cour EDH, Gde chbre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa e.a. contre Italie*, req. n°27765/09.

Cour EDH, Gde chbre, 7 février 2013, *Fabris contre France*, req. n°16574/08.

Cour EDH, Gde chbre, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. contre Grèce*, req. n°29381/09 et 32684/09.

4. Comité européen des Droits sociaux

Comité européen des droits sociaux, 16 novembre 2001, *Confédération française de l'encadrement contre France*, réclamation n°09/2000.

Comité européen des droits sociaux, 12 octobre 2004, *Confédération française de l'encadrement CFE-CGC*, réclamation n°16/2003.

Comité européen des droits sociaux, 23 juin 2010, *Confédération générale du Travail contre France*, réclamation n°55/2009.

5. Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour IADH, 14 septembre 1996, *El Amparo contre Venezuela (réparations)*, *Annual Report, Série C*, n°28.

Cour IADH, 31 août 2001, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Merits, Reparations and Costs*, Série C, n° 79.

Cour IADH, 24 novembre 2006, *Dismissed Congressional Employees (Aguado-Alfar et al.) v. Peru*, Série C, n°158.

6. Comités des Nations-Unies

a) Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies

CDH, 26 mars 1990, *S.E. contre Argentine*, n°275/1988, U.N. Doc. 4/45/40, vol. 2, p. 179.

CDH, 31 mars 1994, *Toonen contre Australie*, n°488/1992, *ILR*, vol. 112, pp. 328-342.

CDH, 30 octobre 2008, *Raymond-Jacq Picq contre France*, CCPR/CONTRE94/D/1632/2007, disponible sur internet : http://www.ccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/11/1632-2007-France_fr.pdf.

b) Comité des droits économiques, sociaux et culturels

CESCR, 3 décembre 1998, *Observation générale n°9. Application au niveau national*, E/C.12/1998/24, disponible sur internet : <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm9f.htm>.

7. Procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC

Organe d'Appel de Règlement des différends, 25 septembre 1997, *Régime applicable à l'importation, à la Vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, DSR, p. 591.

Rapport du Groupe Spécial, 16 juin 2006, *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, disponible sur internet : www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/315abr_f.doc.

8. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, décision du président du Tribunal, 3 avril 1996, *Blaškić*, *R.G.D.I.P.*, 1996, pp. 1151-1159.

TPIY, 10 décembre 1998, *Prosecutor contre Furundzija*, *ILM*, 1999, pp. 317-377.

9. Commission d'enquête de l'Organisation Internationale du Travail

Commission d'enquête instituée conformément à l'article 26 du traité constitutif de l'O.I.T., 25 février 1963, *Complaint by the government of Portugal concerning the observance by the Government of Liberia of the forced labour Conventions, 1930*, 25 février 1963, *ILR*, vol. 36, pp. 351-427.

D. Juridictions nationales étrangères

1. Allemagne

BverfG, 29 mai 1974, *Internationale Handelsgesellschaft*, R.T.D. eur., 1975, p. 332.

BverfG, 22 octobre 1986, (arrêt dit *Solange II*), 2 BvR, 197/83.

BverfG, 9 janvier 1991, BvR, 929/89.

Cour suprême fédérale allemande, 3 novembre 1992, *Border Guards Prosecution Case*, BGHSI 30, EuGRZ (1993) 37.

BverfG, 18 juin 1997, BvR 100/96.

BverfG, 7 juin 2000, (arrêt dit *Solange III*), 2 BvL 1/97.

BVerfGE, 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04.

OVG NRW, 2007, *Deutsches Verwaltungsblatt*, pp. 1442-1448.

2. Argentine

Cour suprême de Justice de la Nation, 7 avril 1995, G.342.XXVI, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 318, p. 514.

3. Australie

High Court of Australia, 7 avril 1995, *Minister for immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*, ILDC 779 (AU 1995).

4. Belgique

CE, 7 octobre 1968, *Croveleyn, J.T.*, 1969, p. 694.

Cass, 27 mai 1971, *Fromagerie franco-suisse Le Ski. Pasicrisie, J.T.*, 1971, p. 460.

CE, 11 septembre 1981, *ASBL Werkgroep voor milieubeheer brasschaat contre Région flamande*, n°21384.

CE, 6 Septembre 1989, *M'Feddal et consorts*, n°32989.

CE, 20 Novembre 1991, *Grahame*, n°38138.

Cour d'Arbitrage de Belgique, 7 Mai 1992, *Cercle des étudiants en alternance et consorts*, n°33/92.

CE, 23 novembre 1999, n°83584.

CE, 8 août 2006, *Association sans buts lucratifs Ardennes liégeoises contre Région wallone*, n°161727.

CE, 31 juillet 2007, *Stéphanie Cambier contre les facultés universitaires Notre Dame de la Paix*, n°173796.

Cour d'Arbitrage de Belgique, 23 janvier 2008, n°10/2008.

CE, 2008, *Thenuis and Hoof contre Région flamande*, n°181452, ILDC 1142.

CE, 2 octobre 2008, *Florence de Roubaix contre Faculté universitaire de notre Dame de la Paix*, n°186850.

CE, 25 septembre 2009, *x contre ministre de la Politique de la migration et de l'asile*, n°198388.

CE, 17 mars 2011 *Centre public d'action sociale d'Ixelles*, n° 211997.

CE, 12 décembre 2011, *La ville d'Andenne contre Etat belge*, n°216815.

5. Canada

Cour suprême, 9 juillet 1999, *Baker contre Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, SCR p. 817.

Cour suprême, 15 février 2001, *United States (Minister of Justice) v. Burns and Rafay*, SCR p. 283, ILDC 187 (CA 2001).

Cour suprême canadienne, 26 août, 2001, *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) contre Hudson (Ville)*, SCR p. 241.

Cour suprême, 1^{er} novembre 2002, *Suresh contre Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, SCR p. 3.

Cour supérieure de justice de l'Ontario, 8 juillet 2005, *Council of Canadians v. Canada (Attorney General)*, Case 01-CV-208141, *Carswell Ontario Cases*, 2005, p. 2973.

Cour suprême, 8 juin 2007, *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn v. British Columbia*, SCR p. 291, ILDC 857 (CA 2007).

6. Espagne

Tribunal suprême, 8 septembre 2009, STS 5378/2009.

7. Etats-Unis

Cour suprême, février 1804, *Murray v. The Charming Betsy*, 6 U.S. (2 cranch) p. 64 (1804).

Cour suprême, 9 mars 1829, *Foster versus Neilson*, 27 U.S. p. 253.

Cour suprême, 25 juin 1984, *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc*, 467 U.S. p. 837.

United States District Court for the Northern District of Ohio, 2004, *Naoum v. Attorney General of the United States*, 200 F, supp 2d, ILDC 1038 (US 2004).

Cour suprême, 29 juin 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. p. 557.

Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 2007, *Cornejo v. County of Sand Diego*, 504, F3d, 853, *ILDC* 1080 (US 2007).

Cour suprême, 25 mars 2008, *Medellín v. Texas*, 552 U.S. p. 491.

Cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia, 2008, *Mac Kesson Corp v. Islamic Republic of Iran*, 539, f3d, 485, *ILDC* 1105 (US 2008).

8. Irlande

Cour suprême irlandaise, *Horgan v. An Taoiseach*, IEHC 64, *ILR*, p. 407.

9. Israël

Cour suprême israélienne, 27 juin 1967, *Kurtz and Letushinsky v. Kirschen, Piskei din* (II) p. 20, *ILR*, p. 212.

10. Norvège

Cour suprême norvégienne, 28 octobre 2005, *A. v. Royal Norwegian Ministry of Justice*, n°HR-2005-01690-P, *Norwegian Supreme Court Gazette*, p. 1365.

11. Italie

Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1965, *San Michele*, 98/65, *For. it.*, 1966 p. 1-8.

Cour constitutionnelle italienne, 18 décembre 1973, *Frontini e.a.*, 183/73, *For. it.*, 1973, p. I-315.

12. Pays-Bas

Cour du district de Rotterdam, 28 janvier 1979, *Handelskwekerij contre Mines domaniales de potasse d'Alsace*, *NYIL*, 1980, p. 313.

Hoge raad, 30 mai 1986, *Nederlands Spoorwegen v. Vakbonden, Rechtspraak van de Week*, *NYIL*, 1987, p. 389.

Hoge Raad, 14 avril 1989, *NYIL*, 1989, p. 469.

Hoge Raad, 16 novembre 1990, *TSM Compagnie d'Assurance Transports v. Geisseler Transports AG*, *NJ*, 1992, p. 107.

Hoge Raad, 18 avril 1995, *E.O. v. Public Prosecutor*, *NYIL*, 1997, p. 336.

Hoge Raad, 2 mai 1995, *NJ*, 1995, p. 621.

Hoge Raad, 30 janvier 2004, LJN n°AM2312.

Tribunal central d'appel d'Utrecht, 11 octobre 2007, LJN n°BB5687.

Cour d'Appel de la Haye, 3 avril 2008, LJN n°BC8719.

13. Royaume-Uni

High Court (Queen's Bench Division), 27 avril 1998, *R v. Secretary for the home Department, ex parte Brind*, CO/3476/97.

Chambre des Lords, 17 juin 2004, *R (on the application of Ullah) v Special Adjudicator*, Appeal judgment, UKHL, n°26.

Chambre des Lords, 8 décembre 2005, *A (FC) contre Secretary of the State for the Home Department (Conjoined Appeals)*, UKHL, n°71.

Chambre des Lords, 13 juin 2007, *Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, UKHL, n°26.

14. Pologne

Cour suprême polonaise, 2005, *Stanislas K v. Zaklad Techniczno-Budowlany P Spolka zoo*, PK n°100/05, *ILDC* 388 (PL 2005).

III. Index des matières

Avertissement : Les numéros visés se rapportent aux paragraphes de la thèse

Accès au juge de la légalité	
de l'Union européenne	513-519, 588-595, 1040-1042, 1050-1052
français	478-481, 1043, 1045-1046, 1052
Accès aux juridictions internationales	1018-1036
(V. également, Victime)	
Accords internationaux	
ADPIC	128, 130-132, 135, 139-143, 240, 699-703, 705-750, 802
d'association	167, 187, 204, 260, 281, 283-285, 328-330, 664-666, 704, 808-809, 881
de coopération	187, 260, 283, 285, 329, 664-666, 674, 704
relatifs droit de la mer	276, 290, 436-438, 446, 549, 890-891, 898, 1004
relatifs au droit de la propriété intellectuelle (autres qu'ADPIC)	240, 288, 322, 336, 635, 719
relatifs à l'extradition	120, 211, 650-651, 818-819
Droit de l'OMC (autre qu'ADPIC)	56, 131, 177-211, 240, 274, 285, 567, 606-609, 613, 621, 626, 628-631, 634, 649, 654-656, 662-666, 670-675, 693, 697-698, 700, 723-724, 750, 765-768, 776-777, 780-781, 787, 1054, 1058, 1062
humanitaire	714-716, 734, 946
investissement	968, 994-998, 1049
de protection de l'environnement	136-137, 224, 296-297, 301-323, 500, 503, 561, 580, 584-603, 611-637, 705, 710, 727, 729, 735, 740, 754, 821, 853, 855, 891, 893, 898, 911, 918, 924, 974
de protection des droits fondamentaux	
❖ <i>civils et politiques</i>	109, 307, 332, 338-339, 717-718, 739, 752, 799, 812, 974, 1010-1011
❖ <i>sociaux</i>	257, 273, 297, 332, 338, 340, 447-448, 554-556, 709, 1003
relatifs à la fiscalité	20, 301
relatifs aux transports	191, 275, 287, 289, 334, 446, 820, 822
Acte administratif inconstitutionnel	920-926
Acte législatif inconstitutionnel	901-919
Applicabilité simple	15-17, 159-168
Applicabilité directe	227-233
Autonomie procédurale (notion)	583, 1032
Autorité de chose jugée des arrêts préjudiciels	412, 559-562
Bonne foi	436-440, 681-682, 709-713, 752-753, 760-761

Champ d'application	
du droit de l'Union européenne	799-800
du droit conventionnel	801-809
de l'invocabilité <i>Nakajima</i>	613, 627-637
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	
effet direct	225, 392
interprétation conforme à la CEDH	717-718
Clarté de la règle conventionnelle	307-309
Cohérence	
de l'ordre juridique	785, 825-847
des règles d'invocabilité et des valeurs qui fondent l'ordre juridique	66, 70
des principes régissant l'invocabilité des droits interne et international	435-367, 405, 442
des principes régissant l'invocabilité des droits coutumier et conventionnel	436-441
Compétence	
d'appréciation de l'invocabilité	
❖ <i>Cour de justice</i>	134-143
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	301, 561
d'interprétation sémantique	
❖ <i>Cour de justice</i>	84-96, 130-133
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	106-110
❖ <i>Gouvernement</i>	100-105
d'appréciation de la réciprocité d'application	
❖ <i>Cour de justice</i>	180-184
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	170-173
répartition des compétences d'appréciation de l'invocabilité des accords mixtes	134-142
Répartition des compétences de l'interprétation sémantique des accords mixtes	130-133
Complétude de la règle conventionnelle	
identification du critère	305-338
critique du critère	365-442
Conséquences de l'inconventionnalité	
Inapplication	906-918, 921-926
Invalidation	902-905
Constitution de la V^{ème} République	
Invocabilité	368-377
Imprécision	371-372, 377
Contremesures	765, 780
Coopération loyale	143, 411, 648, 709-713
Convention européenne des droits de l'Homme	
interprétation du droit conventionnel et procès équitable	109-110, 172

référentiel d'interprétation du droit interne	718, 739-740
Coutume	
codification	436-441
invocabilité	433-435
Démocratie	
carence démocratique de la règle conventionnelle	880, 882-884
rôle des organes élus dans l'exécution du droit conventionnel	2, 874, 880-881
Destinataire de la règle conventionnelle	
identification du critère	267-302
critique du critère	443-462
Directives (invocabilité)	381-394
Discours	
descriptif	64-65
évaluatif	66-68
prospectif	69-70
Droit acquis	489-490, 957
Droit subjectif	
droit subjectif conventionnel	60, 208-209, 246, 276-278, 1021
notion	235, 239
Droit public subjectif	592-594
Dualisme	
systèmes constitutionnels dits dualistes (doctrine de la transformation)	13, 21, 95, 153, 697, 1008
approche dualiste des rapports de système	8-14
Effectivité (concept)	418, 420
Effet direct	
notion	218-246
conséquences	247-261
critère objectif	(V. complétude, clarté)
critère rédactionnel	294-297
critère subjectif	(V. destinataire)
horizontal	256-260, 390-393, 501
méthodes d'interprétation	(V. interprétation)
vertical descendant	167, 261
Effet réflexe	459-462, 963
Entrée en vigueur des traités	
dans l'ordre interne	17, 92, 150, 159, 164-166, 833, 867
dans l'ordre international	17, 150, 338
Épuisement des voies de recours internes	
analyse substantielle	954-958, 963, 971, 973
analyse procédurale	967-970

Équivalence normative	32, 586-596
État de droit	
caractère hiérarchisé de l'ordre juridique	
organisé en État de droit	420, 843-847
rôle du juge	842, 845-846
État ouvert au droit international (<i>Offener Staat</i>)	59, 570, 573, 785, 892, 1061
Exception d'illégalité	501-506, 911, 1050-1051
Hiérarchie des normes	
hiérarchie entre droit conventionnel et droit interne	
❖ <i>ordre juridique français</i>	351-359
❖ <i>ordre juridique de l'Union européenne</i>	361-363
hiérarchie entre différentes normes conventionnelles	812, 816, 820-824
dynamique	831-833
règle de hiérarchie	11, 349, 357, 799-800, 804, 831-833
statique	829
Hiérarchie des ordres juridiques	386
<i>Locus poenitentiae</i>	954
<i>Human Rights Act</i>	150
Loyauté (V. coopération loyale)	
Fait internationalement illicite	
complexe	951-975
constitué par l'édition d'un acte illicite	949-950, 953, 978, 984, 996, 1006, 1008, 1010
constitué par l'habilitation à édicter un acte illicite	935-948
constitué par l'obligation d'édicter un acte illicite	939-940
prévention de l'acte illicite par le juge interne	681-754, 942-948
cessation de l'acte illicite par le juge interne	999-1005
Immédiateté	152-157
Interprétation	
formaliste	
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	294-297, 319-320, 446
❖ <i>Cour de justice</i>	322-324
systématique	
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	300, 337-338
❖ <i>Cour de justice</i>	287-291 ; 334-336
téléologique	
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	331-332
❖ <i>Cour de justice</i>	281-285, 327-330
Intensité du contrôle (erreur manifeste d'appréciation)	61, 373, 441, 494, 634, 893-898

Interprétation conforme

caractère obligatoire	
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	738-742
❖ <i>Cour de justice</i>	722-730
<i>contra legem</i>	679, 729
distinction interprétation conforme interne/ interprétation conforme externe	687-689
fondements	
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	733-736
❖ <i>Cour de justice</i>	691-720
intensité	733-736
❖ <i>Conseil d'Etat</i>	752-754
❖ <i>Cour de justice</i>	745-750

Invocabilité

concept	48
créance	856
d'exclusion	
❖ <i>du droit constitutionnel</i> (de lege lata)	370-377
❖ <i>des directives</i> (de lege lata)	381-387
❖ <i>du droit conventionnel</i> (de lege ferenda)	785-1052
<i>FEDIOL</i>	606-610
formes d'invocabilité (présentation synthétique)	49
D'interprétation	681-755
<i>Nakajima</i>	611-637
sanction	49, 146, 204-205, 208, 247, 424, 437, 567, 568-570, 676, 856
de substitution	49, 53, 222,249, 253-254, 748
théorie objective de l'invocabilité (notion)	60, 70, 568
théorie subjective de l'invocabilité (notion)	67, 72, 74

Litiges

horizontaux	28, 256-262, 390-393, 499, 501, 504, 748
triangulaires	486, 496-505, 870
verticaux inversés	167, 261

Marge de négociation dans l'ordre international

105, 190-200

Monisme

systèmes constitutionnels dits monistes (doctrine de l'incorporation)	15-17, 154, 215, 357, 1060
approche moniste des rapports de système	6, 12

Moyens d'illégalité

externes	401-404, 437-438, 549
internes	397-400

Obligation internationale

de comportement normatif	976, 982-998, 1008-1011
de comportement opératif	932, 934, 969

positive	1008-1011
processuelle	582-602, 971-975
Organe de règlement des différends de l'OMC	187-188, 190, 628, 693, 765-767, 780
Pluralisme	11, 790, 840
Primauté	
d'application	829, 901-918
du droit conventionnel	348-364
du droit de l'Union européenne	53, 362, 381-386, 689
de validité	920-926
Principe d'équivalence et d'effectivité	157, 194, 386-387, 413, 504, 583-596, 601-602, 688, 693, 704, 1033
Principe de légalité	66-67, 346, 383, 385, 454, 483, 485-486, 491-492, 499, 615, 861, 869
Procédure d'avis devant la Cour de justice	20, 37, 96
Protection juridictionnelle effective	539, 602, 1033
Publication des accords internationaux	
dans l'ordre juridique français	164-166, 352, 493
dans l'ordre juridique de l'Union européenne	167
Ratification	
dans l'ordre juridique français	161
dans l'ordre juridique de l'Union européenne	162
Recevabilité (V. accès au juge de la légalité)	
Réciprocité d'application	
examen par le Conseil d'État	169-175
examen par la Cour de justice de l'Union européenne	185-210
opportunité du maintien de la condition de réciprocité (<i>de lege ferenda</i>)	787, 789, 964, 1054, 1056, 1058, 1062
Recours pour excès de pouvoir	
classification (caractère objectif)	478-480
subjectivisation par l'effet direct	482-505
requêtes étatiques	650-652
Recours en annulation	
classification	510-518
conciliation avec l'effet direct	520-522
requêtes de la Commission (<i>de lege ferenda</i>)	656
requêtes étatiques	646-649
Recours en carence	1012-1015
Recours en manquement	
invocabilité du droit conventionnel	658-672
initiatives de la Commission	673-675
Recours en responsabilité extracontractuelle	(V. également responsabilité extracontractuelle)
du fait de l'acte français incontractuel	760-763, 771-774

du fait de l'acte unionnaire inConventionnel	765-768, 776-782
Réfééré	358
Règles juridiques	
caractère obligatoire (notion)	344-346
de portée générale	249, 251, 381, 385 488/494,, 818, 858
individuelles	495-505,813-516, 859-870
force invalidante	366, 377, 442
primaires	193, 342, 349, 573-574, 756, 763, 784, 797, 827-828, 832, 904, 954, 961-962
secondaires	263, 342, 349, 361, 573, 575, 580, 756-757, 763, 775, 784, 799, 828, 831-833, 904-905, 961, 1032, 1056
Relevé d'office (du défaut d'effet direct)	429-430
Renvoi préjudiciel	
en appréciation de validité devant la Cour de justice	
❖ <i>classification (caractère objectif)</i>	536-546
❖ <i>subjectivisation par l'effet direct</i>	547-550
en interprétation devant la Cour de justice	36, 591-596, 600
en interprétation devant le Ministère des Affaires étrangères français	100-105, 125
Responsabilité internationale	928-930, 936, 955, 964, 976, 980, 988, 1000, 1051, 1053-1054
Responsabilité extracontractuelle	
pour faute	771-774, 776-782
sans faute	770, 773, 777
du fait française de la loi inConventionnelle	771-773
Sanction juridictionnelle	
critère de la règle	418-419
critère de l'effectivité de la règle	420
Sécurité juridique	138, 390, 485-505, 730, 894, 927
Self-executingness (V. complétude)	
Séparation des pouvoirs	876-892
Situation concurrentielle des opérateurs économiques de l'Union	204-205, 567, 1063
Subjectivisation des voies de droit	(V. recours pour excès de pouvoir, renvoi préjudiciel en appréciation de validité)
Translation normative	588
Victime	
actuelle	1019-1023
potentielle	1024-1028

IV. Table des matières

Introduction.....	11
I. Identification du champ de l'étude : les accords internationaux invoqués devant le juge de la conventionnalité des actes juridiques internes.....	13
A. Champ matériel de l'étude : les accords internationaux réceptionnés dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne.....	14
1) L'incompressible nature interne du droit conventionnel	16
a) De la réception constitutionnelle des normes conventionnelles.....	17
b) De la nature interne des normes conventionnelles.....	21
2) La technique de réception du droit conventionnel choisie en droits français et de l'Union européenne	23
3) Typologie des accords réceptionnés	25
a) Les accords internationaux conclus par les seules autorités françaises ...	26
b) Les accords internationaux conclus par les seules institutions de l'Union européenne	27
c) Les accords internationaux mixtes (conclus par l'Union européenne et la France).....	29
d) Exclusion des accords internationaux auxquels la France et l'Union européenne sont tierces	30
B. Champ contentieux de l'étude : la jurisprudence des juridictions gardiennes de la légalité	32
1) Justice constitutionnelle et invocation du droit conventionnel	34
a) Le Conseil d'État français, juridiction constitutionnelle.....	35
b) La Cour de justice, juridiction constitutionnelle.....	38

2) La justice administrative et le contrôle de la conventionnalité de l'acte administratif	43
a) Le Conseil d'État français, juge administratif.....	43
b) La Cour de justice, juridiction administrative.....	44
3) La justice internationale et le contrôle de la conventionnalité dans le cadre des litiges interétatiques	47
a) Le Conseil d'État, juridiction internationale	48
b) La Cour de justice, juridiction internationale.....	49
II. Identification de l'objet de l'étude : l'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité des actes internes	51
A. Le concept d'invocabilité	51
B. Les formes d'invocabilité	53
C. Les rapports entretenus par l'invocabilité avec l'effet direct	55
1) Une liaison étroite dans le cadre des procédures initiées par les personnes privées	55
2) Une liaison rompue dans le cadre des procédures initiées par les requérants institutionnels	57
3) Une liaison subsidiaire concernant l'invocabilité des accords internationaux soumis aux principes de réciprocité et d'avantages mutuels.....	58
III. Exposé de la thèse	60
IV. Méthodologies et formes de métadiscours juridique employées	65
A. Discours <i>de lege lata</i> descriptif.....	66
B. Discours <i>de lege ferenda</i> évaluatif	68
C. Discours <i>de lege ferenda</i> prescriptif.....	71
V. Exposé du plan.....	72
Partie 1 : La prédominance contestable de la théorie subjective de l'invocabilité	75
Titre 1: Identification de la théorie subjective de l'invocabilité	79

Chapitre 1 : la compétence juridictionnelle d'appréciation de l'invocabilité du droit conventionnel	83
---	----

Section 1 : La compétence interprétative du Conseil d'État et de la Cour de justice..... 84

§1 La consécration immédiate de la compétence de la Cour de justice pour interpréter le droit conventionnel 85

A. Le défaut d'affirmation de la compétence interprétative de la Cour de justice dans le droit primaire..... 86

B. La consécration prétorienne de la compétence interprétative de la Cour de justice

§2. La consécration tardive de la compétence du Conseil d'État pour interpréter le droit conventionnel 93

A. Les fondements de la compétence gouvernementale d'interprétation des accords internationaux..... 94

B. Les motifs du transfert de la compétence d'interprétation des accords internationaux à l'autorité juridictionnelle

Section 2 : La corrélation partielle des compétences d'interprétation de la sémantique et de l'effet direct du droit conventionnel..... 103

§ 1. La nature interprétative de l'appréciation de l'effet direct..... 104

A. **L'affirmation jurisprudentielle de la nature interprétative de l'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux.....** 105

B. Les techniques d'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux. 107

C. Le renvoi préjudiciel en interprétation comme cadre de l'appréciation de l'invocabilité des accords internationaux..... 108

§ 2. Le cas des accords mixtes : la compétence pour apprécier l'effet direct dissociée de la compétence d'interprétation sémantique 110

A. Le pouvoir d'interprétation sémantique des accords mixtes..... 111

B. Le pouvoir d'interprétation de l'invocabilité des accords mixtes

Chapitre 2: La convergence partielle des conditions d'invocabilité du droit conventionnel ..	125
--	-----

Section 1 : Les conditions divergentes d'accès du droit conventionnel au rang de paramètre de la légalité interne	127
§ 1. L'applicabilité immédiate, ou le contournement de la médiation constitutionnelle	128
§ 2. L'applicabilité simple, conditionnalité constitutionnelle d'invocabilité de la norme internationale	133
A. La régularité de la procédure de ratification	134
B. La condition de publication	136
C. La condition constitutionnelle de réciprocité dans l'ordre juridique français	139
§3. L'application réciproque, conditionnalité jurisprudentielle de l'accession des accords internationaux souples au rang de paramètre de la légalité de l'Union	144
A. La compétence de la Cour de justice pour apprécier la conditionnalité de l'application réciproque.....	146
B. L'examen de l'application réciproque des accords OMC	148
1) L'application juridictionnelle, épicerie de la condition de réciprocité	149
a) <i>Fondement de l'examen de la réciprocité juridictionnelle d'application</i>	<i>150</i>
i) Identification du fondement : la nécessité de préserver la marge de négociation des institutions de l'Union	151
ii) Critique du fondement choisi.....	153
b) <i>Le défaut de réciprocité d'application juridictionnelle</i>	<i>159</i>
2) Trouble dans la notion de la nature et de l'économie de l'accord international.....	163
Section 2 : La convergence des conditions de dévolution de l'effet direct	168
§1. La convergence conceptuelle, l'effet direct comme droit subjectif invocable	171
A. L'effet direct ou la norme porteuse de droit subjectif.....	172
1) Un concept non circonscrit au droit de l'Union européenne	173
2) Une concept distinct de l'applicabilité directe.....	178

3) Les doctrines anglaise et allemande face au concept de l'effet direct .	182
4) L'effet direct comme aptitude de la norme à engendrer un droit subjectif	186
B. Une théorie manichéenne de l'invocabilité	191
1) L'effet direct fondement de principe de l'invocabilité des accords internationaux.....	191
2) L'absence de dégradé des implications contentieuses de l'effet direct	196
§2. La convergence des méthodes d'interprétation des critères de l'effet direct.	201
A. Le déclin du critère subjectif de l'effet direct	203
1) L'individu destinataire de la norme conventionnelle	204
2) Les techniques d'interprétation de l'aptitude d'une règle conventionnelle à créer des droits.....	211
a) <i>Le primat de la finalité du traité dans la jurisprudence de la Cour de justice</i>	211
i) L'interprétation téléologique.....	212
ii) L'interprétation systématique	216
b) <i>L'adhésion du Conseil d'État à la méthode téléo-systématique</i>	220
i) Le nécessaire abandon du critère rédactionnel	221
ii) Les prémisses de l'adhésion à la méthode téléo-systématique	224
B. L'essor du critère objectif de l'effet direct	227
1) Le caractère complet de la stipulation invoquée.....	228
a) <i>Le recul de l'exigence de clarté des stipulations conventionnelles</i>	229
b) <i>L'inconditionnalité, propriété déterminante de la complétude des stipulations conventionnelles</i>	231
2) Les techniques d'interprétation du caractère complet des stipulations conventionnelles.....	233
a) <i>Le primat accordé aux termes de la stipulation invoquée</i>	233

i) Le formalisme émergent du Conseil d'État dans l'examen de la complétude des stipulations conventionnelles	234
ii) Le formalisme persistant de la Cour de justice dans son examen de la complétude des stipulations conventionnelles	237
<i>b) La finalité et le contexte de la stipulation, indices complémentaires de l'examen du caractère complet des stipulations conventionnelles</i>	<i>240</i>
i) La méthode téléologique employée par la Cour de justice et le Conseil d'État pour apprécier la complétude des règles conventionnelles	240
ii) La méthode systématique employée par la Cour de justice pour apprécier la complétude des règles conventionnelles.....	245
<i>c) L'existence d'une instance internationale sanctionnant la violation des stipulations conventionnelles prise en considération par le Conseil d'État pour apprécier leur complétude</i>	<i>246</i>
Titre 2 : Les apories de la théorie subjective de l'invocabilité	253
Chapitre 1 : La force obligatoire du droit conventionnel mise en cause par l'effet direct.....	257
Section préliminaire : la primauté du droit conventionnel dans les ordres juridiques français et de l'Union européenne.....	260
§ 1. L'article 55 de la Constitution française : règle secondaire de hiérarchie	261
A. Genèse de la prévalence des accords internationaux sur la loi.....	262
B. Le fondement constitutionnel de la primauté des accords internationaux sur la loi française	265
§ 2. L'article 216, paragraphe 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : règle secondaire de hiérarchie.....	268
Section 1. Le critère de la complétude inégalement opposé aux éléments de la légalité d'origines interne et internationale	271
§ 1. La complétude : facteur d'évaluation de la force invalidante du droit interne	272
A. Le caractère obligatoire du droit d'origine interne indifférent à sa complétude devant le Conseil d'État	273

B. Le caractère obligatoire partiellement indifférent à sa complétude devant la Cour de justice.....	279
1) La contestation de la légalité des actes étatiques indifférente à la complétude	280
a) Consécration.....	280
b) Délimitations.....	287
2) La contestation de la légalité des actes de l'Union partiellement conditionnée à la complétude.....	292
a) L'invocabilité attachée par principe à la complétude.....	293
b) L'invocabilité détachée de la complétude dans le contrôle du vice de compétence.....	295
§ 2. La complétude : facteur de reconnaissance de la force obligatoire du droit d'origine internationale	298
A. La dilution du caractère obligatoire du droit conventionnel incomplet par le Conseil d'État français	299
1) Le refus justifié de transposer le régime d'invocabilité des directives	300
2) Le refus illogique de transposer le régime d'invocabilité du droit d'origine interne.....	305
3) Un refus favorisant l'engagement de la responsabilité de l'État	310
B. La neutralisation de la force obligatoire du droit conventionnel incomplet par la Cour de justice.....	313
1) L'examen d'office de la complétude des stipulations conventionnelles par la Cour.....	314
2) Le régime différencié de l'invocabilité des sources coutumière et conventionnelle	315
a) Délimitation de la dualité des conditions d'invocabilité des normes internationales	316
b) Dilution de l'invocabilité des normes coutumières conventionnellement codifiées	318

Section 2. Le caractère obligatoire de la règle conventionnelle subordonné à l'affectation de la situation juridique des individus.....	324
§1. L'identification confuse du destinataire de l'obligation conventionnelle.....	325
§ 2. La France et l'Union européenne, débiteurs de toute obligation conventionnelle.....	329
A. Les autorités normatives formellement liées par l'ensemble du droit conventionnel.....	329
B. L'effet réflexe des obligations conventionnelles.....	333
Chapitre 2 : La fonction des procédures de contrôle de la légalité dénaturée par l'effet direct.....	337
Section 1 : Les actions en annulation inégalement adaptées à l'effet direct.....	340
§ 1. La mise en cause de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir par l'effet direct.....	342
A. La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir par l'effet direct.....	345
1) Identification du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir.....	346
2) L'introduction par l'effet direct de la subjectivité dans le recours pour excès de pouvoir.....	349
B. La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir par l'effet direct résiduellement justifiée par la garantie de la sécurité juridique.....	350
1) Une subjectivisation injustifiable dans le recours pour excès de pouvoir formé contre une règle de portée générale.....	352
2) Une subjectivisation justifiable dans le recours pour excès de pouvoir formé contre une règle individuelle.....	359
a) L'effet direct justifié dans les litiges triangulaires nés de la contestation de la conventionnalité d'une norme individuelle créatrice de droit.....	359
b) Le problème du contournement de l'effet direct par l'exception d'illégalité.....	363
§ 2. La confirmation de la subjectivité du recours en annulation.....	367
A. Identification du caractère subjectif du recours en annulation.....	369

1) Le contrôle de l'affectation potentielle d'un droit du requérant	371
2) Un contrôle étendu à l'examen du nouveau cas de recevabilité introduit par la clause <i>Jégo-Quéré</i>	374
B. L'existence d'une norme porteuse de droit subjectif, condition commune à la recevabilité et à l'invocabilité	375
C. Les méthodes d'interprétation distinctes du droit lésé et du droit invocable	377
1) L'existence du droit affecté appréciée au prisme de la méthode de la subsumption	377
2) L'existence du droit invocable apprécié au prisme de la méthode téléo-systématique	380
Section 2 : L'affectation du droit à la légalité préjudicielle par l'effet direct.	383
§ 1. La mise en cause de l'objectivité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité	383
A. Identification du caractère objectif de la procédure préjudicielle	384
1) Une procédure subjectivée par la prise en compte du comportement des parties au litige	385
2) La réhabilitation de l'objectivité de la procédure préjudicielle	389
B. La subjectivisation du renvoi préjudiciel par la conditionnalité d'effet direct	390
§ 2. La coopération juridictionnelle nécessaire à l'abandon de l'effet direct dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité	393
A. L'influence du juge <i>a quo</i> sur la consécration de l'invocabilité d'éviction par le juge <i>ad quem</i>	394
B. Le frein du juge <i>ad quem</i> à la consécration de l'invocabilité d'exclusion par les juridictions <i>a quo</i>	398
1) Autorité des interprétations de la Cour de justice	399
2) Frein à la consécration de l'invocabilité d'exclusion	401

Partie 2 : La diffusion souhaitable de la théorie objective de l’invocabilité	409
Titre 1 : L’application minimale de la théorie objective de l’invocabilité	413
Chapitre 1 : Une invocabilité restreinte dans le contrôle de légalité.....	417
Section 1: L’invocabilité motivée par la nature des normes en conflit	419
§ 1. L’invocabilité du droit conventionnel porteur d’obligations processuelles : l’exemple du droit environnemental.....	420
A. Identification de l’équivalence normative du principe d’effectivité et des obligations processuelles de la Convention d’Aarhus.....	423
1) L’intérêt général environnemental communément protégé par les droits processuels portés par la Convention d’Aarhus et le principe d’effectivité	424
2) L’équivalence des droits processuels garantis par la Convention d’Aarhus et du principe d’effectivité.....	426
B. Conséquences de l’équivalence normative : l’invocabilité d’éviction de la Convention d’Aarhus	430
1) La prise en considération de la formulation de la question préjudicielle	431
2) L’invocabilité d’éviction de l’article 9, paragraphe 2 induite par le principe d’effectivité	432
§ 2. L’invocabilité du droit conventionnel mis en œuvre par l’acte contrôlé .	436
A. Le recul de l’invocabilité <i>FEDIOL</i>	437
B. La pérennisation de l’invocabilité <i>Nakajima</i>	440
1) Précisions sur les conditions d’applicabilité de l’invocabilité de mise en œuvre	443
a) <i>L’intention du législateur de donner exécution à une obligation conventionnelle</i>	444

<i>b) L'exécution d'une obligation particulière prescrite par l'accord invoqué</i>	446
2) L'extension du champ d'application matériel de l'invocabilité de mise en œuvre	451
<i>a) Le droit conventionnel assujéti dans son ensemble à l'invocabilité de mise en œuvre</i>	452
<i>b) Les nouveaux horizons de l'invocabilité de mise en œuvre</i>	456
Section 2 : L'invocabilité motivée par le statut privilégié du requérant	461
§ 1. L'accès favorisé des États à l'invocabilité du droit conventionnel dans le cadre du recours en annulation	462
A. L'invocabilité détachée de l'effet direct dans le cadre du recours en annulation formé par les requérants privilégiés	462
1) Le recours en annulation unionaire sur requête étatique	464
2) Le recours pour excès de pouvoir sur requête étatique	468
B. L'invocabilité attachée à la réciprocité d'application dans le cadre des recours en annulation formés par les requérants privilégiés	470
§2. L'accès intégral de la Commission à l'invocabilité du droit conventionnel dans le cadre du recours en manquement	472
A. Invocabilité des accords GATT et OMC	474
B. Invocabilité des accords d'association et de coopération	475
C. Invocabilité des accords de protection de l'environnement	478
D. Invocabilité des accords de protection des droits sociaux	479
§ 3. La réciprocité d'application, condition d'invocabilité opposable aux États membres et non à la Commission	479
A. La condition de réciprocité inopposable à l'invocabilité des accords OMC par la Commission européenne	480
B. Une distorsion modérée par la souplesse des exigences de la Commission	482
Chapitre 2 : Une invocabilité inégalement étendue hors du contrôle de légalité	487

Section 1 : La prévention de l'inconventionnalité par l'invocabilité d'interprétation conforme	490
§ 1. Les fondements de l'interprétation conforme	494
A. Des fondements explicites conférant un caractère obligatoire à l'interprétation conforme devant la Cour de justice	495
1) Identification des fondements de l'interprétation conforme	498
a) Une obligation formellement attachée à la hiérarchie interne des normes concernant les accords liant l'Union européenne.....	499
i) L'interprétation du droit dérivé à la lumière des accords liant l'Union européenne	499
ii) Interprétation du droit national à la lumière des accords liant l'Union européenne	507
<i>b) Les fondements de l'interprétation conforme aux accords internationaux ne liant pas l'Union</i>	510
i) L'interprétation conforme en principe fondée sur les principes de bonne foi et de coopération loyale	510
ii) L'interprétation conforme résiduellement fondée sur l'engagement unilatéral de l'Union de se conformer à un accord international qui ne la lie pas.....	514
2) Le caractère obligatoire de l'interprétation conforme aux accords internationaux liant l'Union	521
<i>a) Une interprétation conforme en principe obligatoire</i>	521
<i>b) une interprétation conforme ponctuellement prohibée</i>	525
B. Des fondements indéterminés conférant un caractère facultatif à l'interprétation conforme devant le Conseil d'État	528
1) Les fondements indéterminés de l'interprétation conforme	529
2) Le caractère facultatif de l'interprétation conforme	532
§ 2. L'intensité de l'interprétation conforme	536

A. Une interprétation conforme de faible intensité, mais systématique devant la Cour de justice.....	537
B. Une interprétation conforme de haute intensité, mais ponctuel devant le Conseil d'État français	541
Section 2 : La répression de l'inconventionnalité par l'invocabilité de réparation	543
§ 1. La distinction des normes susceptibles de bénéficier de l'invocabilité de réparation.....	545
A. Le Conseil d'État et la violation du droit objectif conventionnel	546
B. La Cour de justice et la violation des droits subjectifs internationaux	550
§ 2. Les conditions d'engagement de la responsabilité pour violation des normes conventionnelles	554
A. Un régime de responsabilité implicitement attaché à l'illégalité fautive devant le Conseil d'État	555
B. Un régime de responsabilité explicitement attaché à l'illégalité fautive devant la Cour de justice.....	558
Titre 2 : Pour une application optimale de la théorie objective de l'invocabilité.	569
Chapitre 1: Perspective interne : une technique de sauvegarde de la cohérence de l'ordre juridique.....	573
Section 1: L'objet de l'invocabilité d'exclusion : la construction d'un ordre juridique cohérent.....	576
§ 1. L'existence du conflit subordonnée aux cas de superposition des champs d'application des normes interne et conventionnelle	578
A. L'existence du conflit subordonnée à la superposition des champs d'application d'une norme interne et d'une norme conventionnelle.....	579
1) Identification du principe.....	579
2) Application du principe aux relations entre normes conventionnelle et interne.....	581

3) L'invalidité du droit interne limitée au cadre du champ d'application de la règle conventionnelle violée	585
B. La superposition des champs d'application d'une norme interne et de plusieurs normes conventionnelles	587
1) Le principe de priorité d'application de l'acte au moyen duquel l'administration exécute une obligation conventionnelle	587
2) Relativisations du principe de priorité d'application de l'acte au moyen duquel l'administration exécute une obligation conventionnelle	592
<i>a) Cas du conflit entre un acte d'exécution d'un accord purement français et la Convention européenne des droits de l'Homme</i>	592
<i>b) Cas du conflit entre un acte d'exécution du droit dérivé de l'Union européenne et un accord international liant ou non l'Union européenne.</i>	594
i) Droit conventionnel liant l'Union et droit de l'Union européenne.....	595
ii) Droit conventionnel ne liant pas l'Union et droit de l'Union européenne	595
§ 2. La finalité de la résolution du conflit : la garantie de la cohérence d'un ordre juridique hiérarchisé	597
A. La logique hiérarchique de l'invocabilité d'éviction : la garantie du principe de primauté du droit conventionnel	598
1) Une garantie de la primauté matérielle des règles conventionnelles primaires	600
2) Une garantie de respect des règles constitutionnelles secondaires de hiérarchie	601
B. L'objet systémique de l'invocabilité d'éviction : la garantie de la cohérence de l'ordre juridique.....	604
1) L'ordre juridique adhérent aux principes de l'État de droit, espace de non-contradiction normative	605
<i>a) L'ordre juridique comme système unitaire de règles</i>	605

<i>b) L'exigence de non-contradiction normative renforcée par l'adhésion aux principes de l'État de droit.....</i>	608
2) L'invocabilité d'éviction instrument de résolution des contradictions normatives.....	614
<i>a) Identification des normes conventionnelles dont la violation ne peut être sanctionnée sans la consécration de l'invocabilité d'exclusion</i>	615
i) Les règles conventionnelles ne trouvant pas d'équivalent dans le droit d'origine interne français	616
ii) Les règle conventionnelles ne trouvant pas d'équivalent normatif dans le droit d'origine interne unionaire.....	618
<i>b) Identification des règles internes dont l'inconventionnalité peut être sanctionnée au moyen de l'invocabilité d'exclusion.....</i>	619
i) Les normes de portée générale.....	620
ii) Les normes individuelles	621
Section 2 : La mise en œuvre de l'invocabilité d'exclusion : l'annulation des effets juridiques des actes manifestement inconventionnels.....	631
§ 1. L'intensité du contrôle : l'inconventionnalité réservée aux cas d'antinomies manifestes.....	632
A. Le maintien de l'équilibre des pouvoirs, motif actuel de violation de la primauté du droit conventionnel dépourvu d'effet direct.....	633
1) Identification de l'effet direct comme instrument de garantie de l'équilibre des pouvoirs.....	634
<i>a) Constat</i>	635
<i>b) Critique</i>	637
2) L'usage de l'effet direct comme instrument de garantie de l'équilibre des pouvoirs	640
B. L'intensité minimale du contrôle, moyen de conciliation de l'équilibre des pouvoirs et de la hiérarchie des normes	646

§ 2. Les effets du jugement d'inconventionnalité : de l'invalidité à l'inapplicabilité de l'acte interne	651
A. Le juge, la loi, et la primauté d'application du droit conventionnel.....	651
1) Formalisme juridique et invalidité de la loi inconventionnelle	651
2) Prise en considération de l'équilibre des pouvoirs et inapplicabilité de la loi inconventionnelle	654
3) Inapplication immédiate de la loi inconventionnelle	658
B. Le juge, l'acte administratif et la primauté de validité du droit conventionnel	661
1) Annulation de l'acte administratif autonome inconventionnel	662
2) Invalidation de l'acte administratif pris en application d'une loi inconventionnelle	663
Chapitre 2: Perspective internationale : un instrument d'observance des obligations internationales.....	667
Section 1 : L'invocabilité d'exclusion, instrument de prévention des illicéités causées par les actes juridiques individuels	671
§ 1. La prévention de l'illicite par l'annulation de la norme habilitant l'édiction d'actes individuels illicites	671
A. L'inaptitude de principe des normes générales inconventionnelles à être des faits internationalement illicites	672
1) La norme d'habilitation permettant une violation du droit international n'est pas constitutive d'un fait internationalement illicite	673
2) La norme d'habilitation interdisant le respect du droit international n'est pas constitutive d'un fait internationalement illicite	675
B. La prévention de l'édiction de normes individuelles constitutives de faits internationalement illicites	678
1) La prévention de la formation du fait internationalement illicite par l'annulation de la base juridique de la norme individuelle susceptible d'en être la cause	678

2) Mise en œuvre de l’annulation de la base juridique de l’acte individuel internationalement illicite	679
§ 2. L’impossible dissolution de l’illicite par l’annulation de l’acte individuel inConventionnel	682
A. La théorie du fait complexe et la solubilité de l’illicéité initiée par l’acte juridique individuel	683
1) Les fondements théoriques du fait complexe	684
2) Le fait complexe à l’épreuve de la pratique	687
B. Le droit international et l’insolubilité de l’illicéité causée par l’acte juridique individuel.....	688
1) Les objections doctrinales à la théorie du fait complexe	689
2) Le droit positif international peu réceptif à la théorie du fait complexe	692
<i>a) Le principe de l’inopérance de la théorie du fait complexe</i>	692
<i>b) Le champ opératoire du fait complexe réduit aux obligations systémiques relatives aux droits procéduraux des individus</i>	694
Section 2 : L’invocabilité d’exclusion, instrument de cessation des illicéités causées par les règles générales	699
§ 1. L’annulation de normes générales constitutives d’un fait internationalement illicite	700
A. L’efficacité de l’invocabilité d’éviction face aux obligations négatives de comportement normatif	702
1) Les obligations internationales prohibant l’existence de certaines règles de portée générale	702
<i>a) Les règles générales dont l’existence est prohibée par le droit international des droits de l’Homme</i>	703
i) Les règles générales orientant le comportement intime des individus	703
ii) Les règles générales dévolutives de droit excluant de leur champ d’application certaines catégories de personnes.....	707

<i>b) Droit international économique et affectation de la valeur des investissements</i>	708
2) La garantie de la cessation de l'illicéité par l'invocabilité d'éviction .	710
B. L'inopérance de l'invocabilité d'éviction face aux obligations positives de comportement normatif	715
1) Les obligations internationales prescrivant l'existence de règles générales nationales au contenu déterminé	716
2) L'incapacité des juridictions internes à provoquer l'édiction d'actes de portée générale	719
§ 2. L'accès limité au juge de l'annulation des normes générales internationalement illicites	720
A. L'accès au contrôle de conventionnalité des règles générales inexécutées non contraint par le droit international	721
1) L'accès aux juridictions internationales subordonné à l'affectation de la situation juridique des personnes privées	722
<i>a) Identification du principe de subordination de l'accès à la juridiction internationale à la lésion d'un droit</i>	723
<i>b) Cas d'admission souple de l'existence de la lésion d'un droit</i>	724
<i>c) Cas de dispense de la vérification de la lésion d'un droit</i>	728
2) L'absence d'encadrement de l'autonomie procédurale des juridictions étatiques appelées à appliquer le droit international	730
B. L'accès au contrôle de conventionnalité des règles générales inexécutées non garanti par les juridictions internes	733
1) Les conditions d'accès au contrôle de conventionnalité des actes administratifs non immédiatement applicables et inexécutés	734
<i>a) L'impossibilité de contester directement les actes réglementaires non self-executing devant la Cour de justice</i>	734
<i>b) La possibilité de contester directement les actes de portée générale non self-executing devant le Conseil d'État français</i>	736

2) L'immunité juridictionnelle des lois inconstitutionnelles inexécutées..	737
3) La contestation incidente des actes de portée générale exécutés	739
Conclusion générale.....	748
Annexes	754
I. Bibliographie	758
A. Généralités, théorie du droit.....	758
1. Traités, manuels, mélanges, cours, ouvrages spéciaux, monographies et thèses	758
2. Articles, chroniques et contributions.....	762
B. Droit de l'Union européenne et droit communautaire	767
1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses	767
2. Articles, chroniques, conclusions et contributions	774
C. Droit français	807
1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses	807
2. Articles, chroniques, conclusions et contributions	811
D. Droit international.....	830
1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses	830
2. Articles, chroniques, contributions, cours et rapports	833
E. Droits nationaux (hors France), droit comparé	841
1. Traités, manuels, mélanges, ouvrages spéciaux, monographies et thèses	841
2. Articles, chroniques et contributions.....	842
II. Index de la jurisprudence citée.....	847
A. Juridictions de l'Union européenne	847
1. Cour de justice	847
2. Tribunal de l'Union européenne et Tribunal de la fonction publique	864
B. Juridictions françaises.....	868
1. Conseil d'Etat, juridictions administratives	868

2. Cour de cassation	877
3. Tribunal des conflits.....	878
4. Conseil constitutionnel.....	878
C. Juridictions internationales.....	880
1. Cour permanente de Justice internationale, Cour internationale de Justice .	880
2. Tribunaux arbitraux	881
3. Commission européenne des droits de l’homme, Cour européenne des droits de l’homme.....	882
4. Comité européen des Droits sociaux.....	884
5. Cour interaméricaine des droits de l’homme	884
6. Comités des Nations-Unies	885
a) Comité des droits de l’Homme des Nations-Unies	885
b) Comité des droits économiques, sociaux et culturels.....	885
7. Procédures de règlement des différends dans le cadre de l’OMC	885
8. Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie.....	886
9. Commission d’enquête de l’Organisation Internationale du Travail	886
D. Juridictions nationales étrangères.....	887
1. Allemagne.....	887
2. Argentine.....	887
3. Australie	887
4. Belgique	888
5. Canada.....	889
6. Espagne	889
7. Etats-Unis	889
8. Irlande	890
9. Israël	890
10. Norvège.....	890
11. Italie	890
12. Pays-Bas	891
13. Royaume-Uni	891
14. Pologne	892

III. Index des matières.....	895
IV. Table des matières.....	903

Titre : L’invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice et le Conseil d’État français

Résumé :

L’observation de l’invocabilité des accords internationaux devant la Cour de justice de l’Union européenne et le Conseil d’Etat français permet de constater une convergence des jurisprudences des deux juridictions en la matière. D’une part, les conditions constitutionnelles d’incorporation de la norme conventionnelle sont semblables en raison de l’orientation moniste des ordres juridiques français et de l’Union européenne. D’autre part, l’effet direct –c’est-à-dire l’aptitude de la norme à produire un droit subjectif – est le principal filtre de l’invocabilité du droit conventionnel devant les juridictions de Paris et de Luxembourg. La dévolution de l’effet direct à une norme conventionnelle procède d’un choix du juge. Et il apparaît que les méthodes d’interprétation employées par le Conseil d’Etat pour opérer ce choix, mêlant téléologie et formalisme, tendent à s’aligner sur celles prônées par la Cour de justice. Dans le cadre du contrôle de légalité, la subordination de l’invocabilité à l’effet direct est toutefois contestable, dans la mesure où le requérant n’appelle pas le juge à statuer sur un rapport entre la norme conventionnelle et le particulier, mais sur un rapport entre la norme conventionnelle et la norme interne. La Cour de justice et le Conseil d’Etat ont certes développé des palliatifs au principe du défaut d’invocabilité des règles conventionnelles dépourvues d’effet direct. Elles permettent par exemple que celles-ci soient employées comme référentiels d’interprétation du droit interne. Mais l’angle mort de l’État de droit que constitue l’impossibilité de contester la violation des règles conventionnelles dépourvues d’effet direct par un acte interne doit être comblé. C’est pourquoi, il apparaît nécessaire de fonder sur la primauté une forme d’invocabilité, autonome de l’effet direct, qui permettrait d’obtenir la sanction des violations manifestes de ces règles.

Mots clés : Invocabilité, primauté, effet direct, rapports de systèmes, accords internationaux, accords mixtes, interprétation, contrôle de légalité, État de droit, droit processuel

Title : The invocability of International Agreements before the European Cour of Justice and the French “Conseil d’État”

Abstract :

This thesis analyses the invocability of International Agreements before the European Court of Justice and the French “Conseil d’État”. A convergence of the Case-Law of these Courts exists on this matter. On one hand, the constitutional conditions for incorporation of Treaty rules are similar, owing to the common monist orientation of EU and French Legal Orders. On the other hand, Direct Effect – ie the ability of a rule to grant substantive Right – is the main filter of the invocability of Agreements before the Courts of Paris and Luxembourg. The recognition of Direct Effect is decided by a judge’s choice. And it appears that the methods of interpretation used by the French “Conseil d’État”, combining exegesis and teleology, are coming close to those advocated by the ECJ. In the Judicial Review, the connection between invocability and Direct Effect can however be criticized, because the claimant doesn’t call for the application of one of his individual Rights, but for the legality control of a norm on the ground of another norm. The ECJ and the French “Conseil d’État” have indeed given some limited effect to the non-directly effective rules of International Agreements, for example by interpreting domestic law in conformity with this kind of Rules. However the impossibility to contest the violation of these Rules breaches certainly the Rule of Law. Then, it is necessary to create a form of invocability based on the primacy, independent of the direct effect filter, allowing domestic Courts to strike down legislation in cases of clear-cut, manifest breaches of these Rules.

Keywords : Invocability, Primacy, Direct effect, International Agreements, Mixes Agreements, Interpretation, Judicial Review, Rule of Law, Procedural Law

Unité de recherche

Centre de Recherche et de Documentation Européennes et Internationales (C.R.D.E.I.)
Université de Bordeaux, Avenue Léon Duguit, 33608 PESSAC.