

MÉTHODES DU DROIT



Collection dirigée par Philippe Jestaz

L'APPLICATION DU DROIT NATIONAL, INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

Jean-Sylvestre Bergé

Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3
(EDIEC – GDR CNRS ELSJ)

1^{re} ÉDITION
2013

signature des Traités européens, de sorte qu'ils ne peuvent être purement et simplement ignorés¹. Des normes fondamentales, communément admises par la société internationale, ont une valeur supérieure que la construction européenne peut difficilement ignorer ou malmenier². Enfin, le principe de hiérarchie des normes ne peut déployer ses effets de manière égale selon que la situation en cause intéresse des rapports strictement internes à l'espace européen ou des rapports externes. Dans les rapports externes, la hiérarchie des normes européennes a une signification et une portée différentes de celles qui se dessinent dans les rapports internes. C'est ce phénomène qu'il nous faut observer à présent par une approche dynamique de la hiérarchisation des droits.

La hiérarchisation des droits et l'application du droit à différents niveaux

233. - Le processus de hiérarchisation des droits ne peut être seulement considéré de manière cloisonnée dans un contexte national, international ou européen. Il a également une dimension plus vaste dans laquelle l'application des méthodes et solutions dégagées en droit national, international ou européen conduit à des phénomènes d'interaction.

À ce titre, deux scénarios doivent alors être soigneusement distingués. Dans le premier, le juriste en appelle à une application du droit à un niveau, ce qui revient, dans un processus de hiérarchisation, à faire potentiellement jouer « une hiérarchie des normes » (Section 1). Dans le second, le juriste aspire à l'application du droit à un autre niveau où « un droit hiérarchisé » est appliqué (Section 2).

SECTION 1

LA HIÉRARCHISATION PAR APPLICATION DU DROIT À UN NIVEAU : L'APPEL À LA HIÉRARCHIE DES NORMES

234. - Pour résoudre un cas, le juriste est souvent amené à se placer, ne serait-ce que pour amorcer son raisonnement, à un niveau d'application du droit plutôt qu'à un autre : niveau national (par exemple, l'application du droit dans le contexte français), international (par exemple, l'application du droit dans le contexte de l'Organisation mondiale du commerce ou d'un arbitrage commercial international traditionnel), ou européen (par exemple, l'application du droit dans le contexte de l'Union européenne). Ce positionnement du juriste requiert parfois une hiérarchisation des droits, laquelle reçoit une signification propre dans un contexte de pluralisme juridique mondial (§ 1). Il soulève, par ailleurs, la question de la liberté du juriste dans le choix d'un niveau d'application du droit plutôt que d'un autre (§ 2).

1. V. par ex., TFEU, art. 351.

2. Voir, à titre d'illustrations, les « corrections » apportées par la Cour de justice au Tribunal de l'UE, s'agissant du manquement de la coutume internationale (TPI 27 janv. 1997, *Opel Austria*, aff. T-115/94, fermement condamné par : CJCE 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96.) et du *ius cogens* (v. TPI 21 sept. 2005, *Yusuf*, aff. T-306/01, censuré par : CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakat*, aff. Jtes C-402/05 et C-415/05).

□ 1 LA SIGNIFICATION PROPRE DE LA HIÉRARCHISATION DES DROITS DANS UN CONTEXTE DE PLURALISME JURIDIQUE MONDIAL

235. - Dans un contexte de pluralisme juridique mondial ou plusieurs droits sont susceptibles de s'appliquer à une situation donnée, le recours, par le juriste, à un raisonnement de type « hiérarchisation des droits » passe par la référence, parfois explicite, parfois implicite, à une hiérarchie des normes. Cette dernière peut être analysée comme un outil de repère d'un système juridique sur lui-même (A) même si ce repère peut emprunter également d'autres votes (B).

A. LA HIÉRARCHIE DES NORMES COMME OUTIL DE REPLI D'UN SYSTÈME JURIDIQUE SUR LUI-MÊME

236. - Comment déterminer, de manière précise, le biais par lequel se manifeste la mise en œuvre d'une « hiérarchie des normes » dans un contexte de pluralisme juridique mondial ? La réponse à cette question demeure sensiblement toujours la même, quel que soit le cas de figure envisagé.

Dans un contexte de pluralisme juridique mondial, l'appel à une « hiérarchie de normes » permet, en effet, à chaque système juridique un tant soit peu structuré autour d'une hiérarchie, de se replier sur lui-même. Que le système juridique en cause appartienne au niveau national, international ou européen, la réponse est invariablement la même. La hiérarchie des normes est perçue comme un instrument de préservation des systèmes juridiques, chaque fois qu'ils sont menacés ou, plus modestement, perturbés par la présence d'autres systèmes interférant à d'autres niveaux que le leur.

237. - L'illustration la plus connue de ce phénomène est puisée dans les ordres juridiques nationaux, toutes les fois qu'ils font prévaloir une norme constitutionnelle interne sur toute autre règle juridique élaborée au niveau international ou européen¹.

Situation - Retour sur la suprématie des dispositions nationales de nature constitutionnelle

L'exemple (à nouveau) du droit français : les jurisprudences « Sarrau et Levacher », « Fraisse », « loi DADVSI »

En France, par exemple, nous avons observé que le juge ordinaire et le juge constitutionnel se sont prononcés sur le rapport de hiérarchie existant entre la norme constitutionnelle française et le droit international et

1. Pour une approche fonctionnelle du processus de hiérarchisation des droits dans le contexte interne, voir D. Burchardt, *La hiérarchisation des normes nationales et internationales par les ordres juridiques internes - Une question fonctionnelle*, Les Annales de Droit, PURH, n° 6, 2012, 9.

européen (v. ss 182). Usant de formules identiques, le Conseil d'État (CE, ass., 30 oct. 1998, *Sarrau et Levacher*, req. n° 200286 et 200287) et la Cour de cassation (Cass., ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse*, pourvoi n° 99-60-274) ont décidé que « la suprématie conférée aux engagements internationaux par la Constitution (art. 55) ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de valeur constitutionnelle ». Quant au Conseil constitutionnel, il a notamment décidé, en 2006 (V. not., Décis. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 - *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*), à la suite d'une série de décisions rendues en 2004 (V. not., Décis. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004) que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle. Il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence. Toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet se soumet à une [...] limite [...] La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

La suprématie reconnue à la Constitution nationale ou, plus étroitement définie, à l'identité constitutionnelle nationale, peut donc conduire, en France, à un refus d'application du droit international ou européen incompatible. Cette incompatibilité est plus théorique que pratique. Des procédures ou des techniques juridiques permettent, en effet, de prévenir (réforme de la Constitution antérieure à la ratification d'un engagement international ou européen) ou réduire (travail d'interprétation convergente des juges) l'hypothèse d'un conflit. L'outil « hiérarchie des normes » n'en demeure pas moins une possibilité. Il fonde un repliement du système juridique français sur sa norme fondamentale - ici la norme de dimension constitutionnelle - chaque fois qu'elle est susceptible d'être menacée par un droit défini à un autre niveau, international ou européen.

238. - Mais des situations comparables peuvent être observées dans un environnement international ou européen. La démarche y est généralement la suivante : pour écarter la possibilité pour un droit de source nationale de remettre en cause les constructions établies dans l'ordre international ou européen, le droit national est déclaré juridiquement inopposable. Cette inopposabilité caractérise un repli des systèmes de droit international et de droit européen sur eux-mêmes. Or, ce repli n'est possible que si un outil permet d'identifier ce qui appartient ou ce qui est étranger aux systèmes de droit international ou de droit européen. Dans la perspective qui est ici la nôtre de hiérarchisation des droits, cet outil n'est autre qu'une hiérarchie des normes.

239. - Une analyse de ce type peut être conduite dans le contexte international à propos de l'inopposabilité du droit national dans l'ordre international.

**Situation – Retour sur l'impoposabilité
du droit national dans l'ordre international**

L'exemple (à nouveau) de la jurisprudence « Traitement des tribunaux nationaux polonais de Dantzig »

Par une décision remarquable (V, ss 202), la Cour permanente de justice internationale (CPIJ) a déclaré que « [...] un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur » (CPIJ 3 mars 1928, *Traitement des tribunaux nationaux polonais de Dantzig*, série A/B, n° 44).

Cette solution, régulièrement réaffirmée en droit international public, marque une capacité du droit international à se replier sur ses propres constructions, en refoulant hors de son système de solution tout ce qui n'aurait pas reçu une traduction juridique en droit international (traité ou coutume international pour dire les choses simplement). Pour marquer la frontière entre ce qui relève du système de droit international et ce qui lui est étranger, la figure de la hiérarchie des normes est utile. La force obligatoire reconnue, dans l'ordre international, « au droit international et aux traités en vigueur » (pour reprendre la formule de la Cour) ne peut être contrariée par un droit de source interne – fût-il de nature constitutionnelle – car ce dernier est, sauf cas très particuliers (c'est l'hypothèse où une pratique unilatérale d'un État qui s'inscrit en réalité dans le jeu d'une règle coutumière internationale), étranger au système de droit international et, donc, à son éventuelle structure hiérarchique.

240. - Elle est également pertinente dans le contexte européen, même si les rapports entre le droit européen et le droit national sont nettement plus construits.

**Situation – Retour sur l'impoposabilité du droit national
dans le contexte européen (UE)**

L'exemple (à nouveau) des jurisprudences « International Handelsgesellschaft » et « Commission c/ Grand-Duché »

De la même manière, nous avons observé (V, ss 218) que la Cour de justice des Communautés européennes avait considéré que « l'invocation de l'atteinte à des normes constitutionnelles [nationales] ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou ses effets sur le territoire de l'État en cause » (CJCE 17 déc. 1970, *International Handelsgesellschaft*, aff. 11/70) ou, de manière plus générale, que « le recours à des dispositions d'ordre juridique interne afin de limiter la portée des dispositions communautaires... ne saurait être admis » (CJCE 5 mars 1996, *Commission c/ Grand-Duché*, aff. C-473/93). La même solution a été égale-

ment retenue par la Cour européenne des droits de l'homme (V, par ex. CEDH (Plén.), 29 oct. 1992, *Open Door e.a. c/ Irlande*, req. n°s 14234/88, 14235/88).

Cette mise à l'écart du droit national se justifie aisément, dès lors qu'est en cause la validité d'une norme de l'Union européenne. Le droit national étant étranger à la hiérarchie des normes européenne, il ne saurait être une cause directe et immédiate d'invalidation du droit européen dérivé, lequel est soumis aux exigences des seules normes européennes, spécialement des traités institutifs et des principes généraux du droit européen.

Mais elle a des implications plus fortes encore. De manière générale, la portée du droit européen, c'est-à-dire son efficacité et, dans une vision hiérarchique, sa supériorité, ne peut être menacée par le droit national. L'assertion mérite d'être nuancée. L'Union européenne confère un véritable rôle au droit national, lequel exerce parfois, malgré tout, une contrainte sur le droit européen (par exemple, chaque fois qu'une marge d'appréciation ou de manœuvre est reconnue en droit national). Mais en dehors de ces hypothèses, le système juridique européen est capable d'affirmer son autorité hiérarchique en se repliant sur lui-même, c'est-à-dire en écartant purement et simplement le droit national, au motif qu'il est fondamentalement étranger à sa hiérarchie des normes.

241. - Dans une moindre mesure¹, ce phénomène de repli peut également être observé en droit international dans ses rapports avec le droit européen.

**Situation – Retour sur l'impoposabilité du droit européen
dans le contexte international**

L'exemple (à nouveau) de la sentence CIRDI AES Summit Generation Ltd c/ Hongrie

Dans cette affaire, nous avons pu observer qu'un tribunal arbitral avait écarté l'application du droit européen au motif qu'il s'agissait d'un « simple fait », insusceptible comme tel de justifier le manquement par un État à ses obligations internationales (V, ss 203, CIRDI, sentence du 23 sept. 2010, *AES Summit Generation Ltd c/ Hongrie*, ARB/07/122). Même si la juridiction arbitrale n'y fait pas référence, ce type de considération peut trouver une justification dans les constructions de type « hiérarchie des normes ». Le raisonnement pourrait être le suivant : la sanction du non-respect d'une règle européenne (UE) de concurrence n'existe pas en droit international pour la bonne et simple raison que ladite règle européenne est étrangère au système juridique de droit

1. Sur le caractère faiblement hiérarchisé du droit international, V, ss 200.

international; en conséquence, le tribunal arbitral international n'a pas à faire prévaloir le respect des règles européennes sur le respect de règles internationales, aucune « hiérarchie des normes » ne l'y obligeant.

Une telle démarche intellectuelle n'est pas apte à convaincre tous ceux qui considèrent que le droit européen est par nature du droit international. Mais le droit européen n'a eu de cesse d'affirmer sa singularité (voir sur ce thème et les effets contre-productifs qu'il induit : M. Forteau, « La contribution de l'Union européenne au développement du droit international général – Les limites du particularisme ? », in Chronique sur les interactions du droit international et européen, *JDI* 2010, 888). Cette démarche explique sans doute qu'en réaction, des acteurs de droit international distinguent les règles potentiellement applicables selon qu'elles font ou non partie de l'ordonnement juridique international. Le droit européen est ainsi écarté, au motif qu'il est étranger au système de droit international.

242. - Cette pratique peut également être observée dans des situations complexes où la question est discutée de la légalité du droit européen de source internationale en droit de l'Union européenne.

Situation – la légalité du droit européen de source internationale en droit de l'Union européenne

L'exemple de la célèbre affaire « Kadi »

L'affaire « Kadi » (TPI, 21 sept. 2005, *Yusuif*, aff. T-306/01, censuré par : CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat*, aff. Jies C-402/05 et C-415/05; voir également en prolongement, l'affaire « Kadi II » (annulant un nouveau règlement européen, intervenu depuis), TPI 30 sept. 2010, aff. T-85/09) que nous avons signalée à diverses reprises, a eu un grand retentissement en droit international et européen. Elle porte sur la validité de dispositions de droit européen dérivé mettant en œuvre des résolutions de Nations Unies prononçant des sanctions individuelles en matière de lutte contre le terrorisme. Elle occupe une place de premier ordre dans le processus dynamique de hiérarchisation des droits étudié dans ce chapitre. Qu'en est-il, sur le terrain de la hiérarchie des normes, comprise comme un outil de reploi du système juridique (ici de l'Union européenne) sur lui-même ?

Pour appréhender la question générale de la validité d'un texte de droit européen dérivé qui lui était soumis, la Cour de justice (aff. Jies C-402/05 et C-415/05, préc.) a entendu hisser le débat technique au niveau le plus général et théorique. Pour le juge de l'Union, en effet, la question était de savoir : « si les principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire impliquent qu'un contrôle juridictionnel de la légalité

interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux est en principe exclu, nonobstant le fait que [...] un tel contrôle constitue une garantie constitutionnelle relevant des fondements mêmes de la Communauté » (p^o 290). Au terme d'une motivation particulièrement ciselée, la Cour considère que : « [...] les juridictions communautaires doivent, conformément aux compétences dont elles sont investies en vertu du traité CE, assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris sur les actes communautaires qui, tel le règlement litigieux, visent à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies » (p^o 326). Elle annule, en conséquence, les décisions attaquées du Tribunal de première instance au motif que : « Le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant [...], qu'il découle des principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire que le règlement litigieux, dès lors qu'il vise à mettre en œuvre une résolution adoptée par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies ne laissant aucune marge à cet effet, doit bénéficier d'une immunité juridictionnelle quant à sa légalité interne sauf pour ce qui concerne sa compatibilité avec les normes relevant du *jus cogens* » (p^o 327).

Cette analyse procède d'une réaffirmation de la hiérarchie des normes interne à l'Union européenne. Quand l'hypothèse du conflit entre l'ordre international et l'ordre européen se fait jour, la juridiction européenne s'emploie à dresser une cloison étanche entre les systèmes. Elle considère, en dernière analyse, que la structure fondamentale interne de l'espace juridique européen ne saurait dépendre d'un autre système juridique, fût-il international. Par préférence, elle hiérarchise le droit européen dans les rapports internes à l'espace européen en réaffirmant ici la supériorité des principes généraux du droit européen sur les textes de droit dérivé européen. Elle tient ainsi à l'écart toute considération tirée du respect du droit international, tout en précisant que dans sa dimension externe, l'Europe peut avoir à rendre compte, le cas échéant, du non-respect de ses obligations internationales (arrêt, p^o 288). La hiérarchie européenne des normes sert ici à évacuer le droit international et, avec lui, tout risque d'interférence.

243. - Dans tous ces cas de figure, la hiérarchie des normes permet à un système de droit national, international ou européen de se replier sur lui-même, au motif qu'il faut distinguer, entre toutes les règles potentiellement applicables, celles qui « fondent » le système, de celles qui lui sont « fondamentalement » étrangères. Dans une perspective d'application du droit à différents niveaux, la hiérarchie des normes est maniée comme un outil, tantôt explicite,

tantôt implicite, de stigmatisation du caractère « étranger » des droits élaborés à un autre niveau¹.

Mais le phénomène de repli n'est pas seulement marqué par la lecture de quelques affaires restées célèbres dans les annales de la jurisprudence nationale, internationale ou européenne. Il est, en réalité, relativement fréquent et emprunte d'autres voies que la hiérarchie formelle des normes. Les illustrations les plus remarquables peuvent être observées dans les systèmes juridiques fortement structurés et centralisés (notamment français et européen).

B. LES AUTRES VOIES DE REPLI DES SYSTÈMES JURIDIQUES SUR EUX-MÊMES

1. La mesure du phénomène : différenciation, autonomisation, appropriation, dédoublement...

244. - Chaque fois qu'un acteur d'un système juridique, notamment un acteur institutionnel (juge, gouvernant et, éventuellement, législateur)², éprouve une réticence à appliquer une méthode ou une solution juridique venue d'ailleurs au motif, plus ou moins déclaré, qu'elle ne trouve pas sa place dans les constructions du système auquel cet acteur appartient, il procède, ni plus ni moins, à un repli de son système sur lui-même. Les techniques utilisées sont multiples. On peut en identifier quatre principales (qui souvent se chevauchent) : le traitement différencié du droit étranger au système, l'autonomisation d'un système par rapport aux influences qu'il pourrait subir du fait de l'existence d'autres droits, l'appropriation par un système juridique de méthodes et solutions venues d'ailleurs et l'organisation d'un dédoublement selon qu'il s'agit pour un système juridique de traiter une situation interne ou une situation externe.

245. - Les résultats pratiques auxquels conduit cette forme de repli sont contestables chaque fois qu'elle traduit une sorte de réflexe, consistant à exclure, *a priori*, sans nécessité aucune, l'application de méthodes ou solutions juridiques étrangères au système. Ce type de comportements est probable dans la conséquence d'une analyse des rapports de systèmes obnubilée par des lectu-

1. Un parallèle tout à fait intéressant peut être mené avec le questionnement formulé par J. Chassin à propos de la participation du contrat à l'élaboration de normes juridiques supérieures extérieures à l'Etat français (J. Chassin, « La hiérarchie des normes et le contrat », in G. Teboul et L. Soublet (dir.), *La hiérarchie des normes*, L'Harmattan - collection des travaux de l'association des hauts de la Chancellerie des Universités de Paris (ALCUD), à paraître) et celui qui est ici le nôtre. Dans les deux cas, il s'agit de s'interroger sur le sens, la valeur ou la portée d'un acte juridique (contrat, convention internationale, loi, etc.) quand il est considéré en dehors du système qui lui a donné naissance. Cette interrogation intéresse la hiérarchie des normes chaque fois que l'acte juridique en cause est confronté à une norme saisie dans sa dimension supérieure ou fondamentale.

2. Cette figure intellectuelle est souvent influencée par les travaux de la doctrine. Sur l'allégorie du droit « venu d'ailleurs », voir en particulier J. Carbonnier (*Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 44 s.) qui a exercé une grande influence sur la pensée juridique de la seconde moitié du XX^e siècle.

res dualistes et monistes fortement fragilisés aujourd'hui¹. Dans les théories dualistes, le phénomène de repli du système sur lui-même est patent, puisqu'il s'agit toujours pour le juriste d'utiliser les ressources présentes dans son système pour recevoir (théorie de la réception) le droit venu d'ailleurs. Le même pour recevoir (théorie de la réception) le droit venu d'ailleurs. Le monisme, qui prétend fonder tous les systèmes en un seul, doit également faire un choix entre une primauté conférée au droit interne ou une primauté conférée au droit international. Le système, fût-il unique, se replie sur ses fondements, sur sa norme fondamentale. C'est donc le même phénomène de hiérarchisation qui est à l'œuvre².

246. - Mais ces techniques juridiques qui facilitent un repli du système juridique sur lui-même sont également très utiles. Elles font partie de la panoplie des outils qui permettent aux juristes de faire un travail de hiérarchisation (*lato sensu*), chaque fois que le besoin se fait sentir de protéger un système juridique des perturbations qu'il pourrait subir du fait de la coexistence d'autres systèmes juridiques placés à d'autres niveaux que le sien. Tous les systèmes n'offrent pas ces possibilités de manière égale néanmoins. Seuls les systèmes véritablement organisés et centralisés le permettent en effet. C'est le cas, notamment, du système juridique français et du système juridique de l'Union européenne, qui livrent de multiples illustrations du phénomène de repli.

2. Illustrations dans le système juridique français

247. - Le système juridique français s'est progressivement ouvert à l'application du droit international et européen. Le verrou que constituait la « loi écran », permettant de faire prévaloir une loi française postérieure sur un texte de droit international et européen contraire, a définitivement sauté avec les jurisprudences célèbres « Jacques Vabre » et « Nicolo » (v. ss 180). Cela ne veut pas dire que le phénomène de repli du système juridique français sur lui-même a totalement disparu et, avec lui, les techniques juridiques permettant ce repli. Sans prétendre à l'exhaustivité, on en donnera quatre grandes illustrations.

248. - La première porte sur le travail d'interprétation, mené par les juges nationaux, des conventions internationales liant la France.

Situation - L'interprétation française des conventions internationales auxquelles la France est partie

Exemples jurisprudentiels multiples

Le rôle du juge ordinaire français s'est, nous l'avons observé (v. ss 195), considérablement accru dans le domaine de l'interprétation des traités

1. Voir sur ce point, nos remarques en introduction avec les différentes références citées, v. ss 13.

2. Même s'il faut reconnaître que dans la figure du monisme avec primauté du droit international, la figure du repli ne convient plus tout à fait, puisque le droit international est censé alors englober l'ensemble des droits nationaux. Encore faut-il, en ce cas, que le droit international se définisse comme un système intégré, capable de conférer un véritable statut au droit national. L'analyse du droit positif montre que, sans fût très particulier du droit international (par exemple, le système juridictionnel mis en place pour la Cour pénale internationale), cette évolution n'est ni amorcée ni même souhaitée.

internationaux. Son pouvoir d'interprétation n'est, bien souvent, contre-balançé par aucun autre pouvoir : le pouvoir exécutif français a perdu le rôle qui était naguère le sien en ce domaine (jurisprudences *Kone* et *BAD*, préc., v. ss 195) et les interprétations authentiques émanant d'instances internationales (comme par exemple, la Cour internationale de justice) demeurent rares.

Cette position d'interprète privilégié place les juridictions administratives et judiciaires françaises en position d'imposer leurs interprétations des conventions internationales auxquelles la France est partie. Ces interprétations sont potentiellement imprégnées par la culture juridique des juges nationaux de sorte que l'on peut affirmer, sans grand risque de surprendre ou de choquer, qu'il existe potentiellement une doctrine jurisprudentielle française administrative et/ou judiciaire de l'interprétation de tel instrument ou de tel autre.

Des travaux précursseurs ont été menés sur ce sujet. Voir par exemple, D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*. *Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981.

Des ouvrages ou chroniques spécialisés sur tel ou tel instrument sont régulièrement publiés. On donnera, ainsi, l'exemple d'un travail de doctorat (K. Parrot, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz, 2006). L'auteur y développe, jurisprudence à l'appui, une vision particulariste du travail d'interprétation de ces conventions par les juges nationaux, remettant ainsi clairement en cause le mythe d'une interprétation uniforme. Même si l'on ne partage pas nécessairement cette vision pessimiste du développement d'un droit uniforme international (vision que l'on pourrait d'ailleurs étendre sans grande difficulté à tous les mythes d'interprétation uniforme, y compris à un niveau strictement national ou même local), ni les enseignements que l'auteur en tire en termes d'approche résolument dualiste des rapports entre systèmes juridiques, le fait est qu'on peut difficilement nier l'existence d'interprétations divergentes dans les différents États parties à un même instrument de droit uniforme. Ces interprétations sont un outil de repli des systèmes juridiques nationaux sur eux-mêmes. Ce repli peut être conscient (la volonté de développer un particularisme national). Mais le plus souvent il est inconscient (le juriste continuant d'appliquer, sans se poser la question, les solutions qu'il connaît dans le contexte national).

De nombreux autres travaux existent sur ce thème, à propos de telle ou telle convention particulière. Voir, par exemple, le panorama de jurisprudence annuellement établi par Cl. Witz sur le droit uniforme de la vente internationale de marchandises (*Recueil Dalloz*) qui signale en note de pas de page, les dispositifs existants de collecte de décisions : « CISG-online (Université de Bâle), www.cisg-online.ch; Banque de données de la Pace University (État de New York), www.cisg.law.pace.edu; Banque de données Unilex (Rome), www.unilex.info. Ces trois banques rassemblent l'ensemble des décisions quelle que soit leur origine. La jurisprudence

française est rassemblée dans la banque de données CISG-France (Université de la Sarre), <http://Witz.jura.uni-sb.de/CISG/>, V. comme autres banques nationales de données : CISG-Belgium, www.law.kuleuven.ac.be/CISG-Spain, www.uc3m.es/cisg/; V. la liste complète par pays sous <http://Witz.jura.uni-sb.de/CISG/cisglinks.htm>; un recueil de références jurisprudentielles guidera utilement le lecteur : *Twenty Years of International Sales Law Under the CISG*, *International Bibliography and Case Law Digest (1980-2000)*, par M. R. Will, Kluwer Law International, 2000 », D. 2012. 1114. Voir également, les travaux, déjà signalés, relatifs à l'interprétation par les juridictions françaises de la Convention de New York sur les droits de l'enfant (1990, v. ss 98), etc.

249. - La deuxième illustration porte sur la réception en France du droit européen.

Situation – La réception française du droit européen (UE ou CESPDI/F)

Quelques exemples jurisprudentiels

Le droit européen, qu'il s'agisse du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est marqué par la présence de deux juridictions – Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme – qui assument pleinement leur rôle d'interprètes authentiques. Le travail que fournissent les deux cours européennes en termes d'interprétation uniforme est considérable. Il n'a pas d'équivalent en droit international. En dépit de cette architecture institutionnelle imposante, on ne peut exclure que la réception nationale du droit européen soit l'occasion d'un repli du système juridique français sur lui-même.

On songe, tout d'abord, aux hypothèses où le droit européen et les juridictions européennes accordent une marge d'appréciation aux États membres, hypothèses bien plus fréquentes qu'on ne le croit souvent (absence de définition uniforme ou autonome de la part du juge européen, appréciation nationale des conditions de mise en œuvre d'une règle européenne au titre d'une subsidiarité judiciaire, etc.). Dans ces situations, le juriste expert doit bien souvent déployer un trésor d'intelligence pour mesurer la place respective occupée par l'ordre européen et l'ordre interne. Or, la définition du périmètre des uns et des autres ne saurait se faire autrement qu'au terme de tâtonnements, questionnements et, parfois, de provocations. Un rapport de force peut naître de cette liberté préservée au niveau national et impliquer des tentatives plus ou moins importantes de repli du système juridique français sur lui-même, chaque fois qu'il cherche à imposer une méthode ou solution juridique qui lui est propre (pour une présentation dynamique du phénomène, à propos de la réception en France de la jurisprudence de la CEDH, voir M. Guyomar,

« Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, emancipation » in *Mélanges J.-P. Costa*, Dalloz, 2011, 311).

Mais il y a surtout des hypothèses dans lesquelles la réception du droit européen en droit national donne lieu à des manifestations explicites de rejet. Dans cette perspective, le repli du système juridique français est patent. Il s'inscrit dans une logique de rupture, dans un rapport de force autrement plus violent que celui que l'on peut observer dans les cas précédents. Prenons une situation restée célèbre dans les annales de la jurisprudence française : le refus du Conseil d'État de faire produire aux directives européennes un effet de substitution en présence d'un acte administratif individuel (jurisprudence *Cohn-Bendit* : CE, ass., 22 déc. 1978, *Lebon* 524-525, 30 oct. 2009, req. n° 298348). Cette position de la juridiction administrative française était contraire à l'interprétation de la Cour de justice (pour une présentation d'ensemble, voir R. Kovar, « Le Conseil d'État et l'effet direct des directives : la fin d'une longue marche », *Europe* janv. 2010, Étude n° 1). Certains de ses effets ont perduré 31 ans, pendant lesquels, en France, une solution de droit français a été préférentiellement appliquée, en Europe par refus d'application de ce dernier. Même si cette situation peut être considérée comme anormale du point de vue du droit européen, elle traduit incontestablement une volonté de repli du système juridique français sur lui-même que le juriste ne saurait ignorer dans sa pratique.

250. - La troisième illustration vise l'appropriation par le droit interne de notions de droit international ou européen.

Situation – L'appropriation en droit interne de notions de droit international et européen

L'exemple de l'ordre public : retour sur la jurisprudence « Banque Africaine de Développement »

Nous avons évoqué à deux reprises un arrêt « Banque Africaine de Développement » (Soc. 25 janv. 2005, pourvoi n° 04-41.012, v. ss 144 et 157). Dans cette affaire où l'immunité de juridiction d'une organisation internationale était remise en cause, on se souvient que le juge français a rejeté au juge potentiellement consacré par une CESDHF qui n'était pourtant pas opposable à l'Organisation internationale. Cette solution a été critiquée par un spécialiste de droit international et européen (M. Forteau, 2011, spéc. p. 17, note 57 : « Dans l'affaire de la Banque africaine de développement, les juridictions françaises ont été confrontées par exemple à l'application de deux conventions contradictoires (la CEDH et l'accord de siège de la Banque) qu'il était impossible d'articuler à l'aide des princi-

pes classiques de conflits de normes (*lex specialis, lex posterior*) car chaque lien des parties distinctes et était donc *res inter alios acta* à l'égard de l'autre. En intégrant directement le droit à un juge dans l'ordre public international français au lieu d'invoquer l'article 6 de la CEDH qui ne pouvait prévaloir, formellement, sur l'immunité prévue par l'accord de siège, la Cour de cassation a adroitement contourné la difficulté [...]. La solution n'est, juridiquement, guère convaincante car une norme interne (l'ordre public international) ne peut écarter une norme conventionnelle (l'immunité). Par ailleurs, l'immunité se distingue de la compétence, l'absence en l'occurrence a consisté à déplacer le débat du plan du droit international public (conflit insoluble de conventions) au plan du droit international privé (raisonnement en termes d'ordre public international) pour mieux esquiver (mais alors en le travestissant) le problème ». Cette critique est intéressante. Elle dénonce, ni plus ni moins, une appropriation au niveau français d'un ordre public de droit international ou européen. Mais elle ne propose pas d'outil pour enrayer le phénomène. Autrement dit, si l'on peut regretter l'appropriation par un juge national d'une solution de droit international inapplicable, on ne peut pas empêcher cette pratique.

L'exemple des principes généraux du droit : retour sur la jurisprudence « KPMG »

Nous avons déjà eu l'occasion de relever (v. ss 141) que des auteurs avaient justement fait observer que le Conseil d'État français, statuant dans la célèbre affaire KPMG (CE, ass., 24 mars 2006, n° 288460), avait adopté un concept de sécurité juridique plus extensif que celui de la Cour de justice (P. Brunet et O. Dubos, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la pratique des juges », *Chronique du CEJEC, LPA* 2008, n° 164-165, 7 ; voir également de manière plus générale sur ce phénomène d'appropriation nationale : J. Strinelli, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne – Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, LGDJ, 2011). En procédant de la sorte, la juridiction administrative s'est dotée d'un concept autonome, affranchi du principe européen de confiance légitime, principe dont il pourra toujours dire à l'aventure qu'il demeure applicable uniquement dans le champ du droit européen.

251. - La quatrième illustration met en scène un repli du système juridique français sur lui-même par des voies procédurales.

Situation – Les voies procédurales du repli du système juridique français sur lui-même

L'exemple à nouveau du caractère « prioritaire » de la question de constitutionnalité

Rappelons que la loi organique française (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution),

qui a défini les modalités procédurales de la question prioritaire de constitutionnalité, a introduit une double référence « aux engagements internationaux » de la France (sur ce dispositif, v. ss 199). On peut ainsi lire dans les articles 23-2 (applicable aux juridictions du fond) et 23-5 (applicable aux deux juridictions supérieures) de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, telle que modifiée par la loi organique de 2009 (préc.) : « En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation » (art. 23-2); « En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel » (art. 23-5).

Cette double disposition entend traduire le caractère prioritaire du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité. Qu'il s'agisse d'examiner la conformité de la loi française en vigueur au droit international ou au droit européen, le juge ordinaire doit « en tout état de cause [...] se prononcer par priorité sur [...] » la transmission ou le renvoi de la question. Il résulte de cette règle procédurale interne française que le contrôle de conventionnalité des lois a un caractère secondaire par rapport au contrôle de constitutionnalité de la loi qui se veut prioritaire. Cette hiérarchisation procédurale traduit clairement une volonté de privilégier une question préjudicielle interne, portant sur le droit national (la Constitution), sur tout questionnement de droit international ou européen impliquant potentiellement, pour ce dernier, un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne (sur l'articulation malgré tout des deux procédures, voir nos développements *infra* : v. ss 273). C'est une forme de repli temporaire du système juridique français sur lui-même.

L'exemple de l'absence de question préjudicielle

Une autre illustration du repli se manifeste chaque fois qu'une juridiction nationale s'abstient de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne alors qu'une difficulté d'interprétation du droit européen se présente à elle. Même si ce repli peut avoir des conséquences lourdes en termes de responsabilité de l'État (sur ces conséquences, voir nos développements : v. ss 267), le fait est qu'il existe une multitude de situations où l'opportunité d'une question préjudicielle est discutée devant le juge national et se soldent par une absence de question. Ces situations peuvent être motivées par des considérations contingentes où le juge national et/ou les parties rechignent à voir la procédure

suspendue (trois mois pour une question préjudicielle traitée en urgence et de l'ordre de 20 mois pour une question préjudicielle classique). Mais elles ont parfois une signification plus profonde. Poser une question préjudicielle à la Cour de justice, c'est prendre le risque de perdre la maîtrise d'une interprétation qui était, jusqu'alors du ressort des acteurs nationaux, spécialement des juges. Dans cette circonstance, le refus de poser une question préjudicielle s'analyse clairement comme un outil procédural de repli du système juridique français sur lui-même. Pour des exemples de situations où l'opportunité, pour les juridictions françaises, de poser une question préjudicielle peut faire l'objet d'une discussion, voir EDIEC (coord.), « Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union européenne » – Chronique annuelle, *RTD eur.* 2012, 499-503. Pour l'illustration d'un cas où la Cour de cassation emprunte une notion autonome européenne hors de son contexte, sans soulever de question préjudicielle : www.gdr-dfj.eu/2012/08/15/cooperation-judiciaire-civile/nouveaux-reglement-successions, par M. Da Lozzo.

3. Illustrations dans le système juridique de l'Union européenne

252. – Pour illustrer le repli du système juridique de l'Union européenne sur lui-même, l'étude des rapports entre le droit européen et le droit international est la plus intéressante. L'Union européenne accorde, en effet, une place très importante aux sources du droit international. C'est pourquoi elle a cherché très tôt à se protéger de cette influence « extérieure ». Les manifestations de ce repli sont multiples. Pour la plupart, nous les avons déjà rencontrées. On reprendra ici quatre grandes illustrations.

253. – La première porte sur le phénomène d'autonomisation du droit européen, y compris dans l'hypothèse où sa formulation est identique ou proche de celle retenue par le droit international.

Situation – Autonomisation d'un droit européen qui s'inspire du droit international

Exemples des débuts de la construction européenne à nos jours

Le phénomène d'autonomisation du droit européen par rapport au droit international a une dimension historique (CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, v. ss 215). Il connaît de multiples illustrations, notamment dans la jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi, par exemple, l'annonce, par la juridiction européenne, de principes européens à l'aide notamment des règles coutumières internationales, lui a parfois permis de s'affranchir des définitions existantes (TPP 27 janv. 1997, *Opel Austria*, aff. T-115/94; voir néanmoins, en sens contraire, condamnant fermement cette position : CJCE 16 juin 1998, *Radae*, aff. C-162/96). Cette attitude peut aussi prévaloir pour les sources écrites du droit international.

L'affirmation selon laquelle la norme européenne, dont la formulation est identique à une source internationale, peut recevoir une interprétation autonome, potentiellement différente de celle reçue dans l'ordre international, est un autre exemple d'autonomisation-appropriation (voir, par exemple, le cas d'accords d'association UE/Etat tiers dont le contenu est sur tel ou tel point exactement identique au TPE et qui font l'objet cependant d'une interprétation différente, compte tenu des objectifs propres de l'ordre juridique de l'UE : CJCE 9 févr. 1982, *Polydor*, aff. 270/80; 2003, *Deutscher Handballbund*, aff. C-438/00). Le phénomène est d'autant plus développé que les institutions européennes s'efforcent, chaque fois qu'elles y ont intérêt, de doubler la norme internationale d'une source de droit dérivée dont l'interprétation pourra être plus facilement maîtrisée (les exemples sont notamment très nombreux en droit des transports ou en droit de l'environnement).

254. - La deuxième illustration porte sur une pratique des institutions européennes consistant à « préempter » le droit international par « préemption » de la compétence des Etats membres.

Situation - Préemption du droit international par le droit européen

L'exemple du protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires (2007)

Le règlement (CE) n° 4/2009/CE du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires a prévu notamment que « La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires pour les Etats membres liés par cet instrument » (art. 15). Pour définir l'ensemble des solutions au conflit de lois, le texte de droit européen dérive s'en remet ainsi à l'application d'un instrument international liant, le cas échéant, les Etats membres, la ou il définit des règles propres en matière de conflit de juridictions lato sensu (compétence des tribunaux, reconnaissance et exécution des décisions). Cette combinaison conditionnelle du texte européen et du protocole international a radicalement changé de nature avec l'adoption de la décision 2009/941/CE du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la conclusion, par la Communauté européenne, du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Le Conseil a estimé, en effet, que la Communauté européenne « dispose d'une compétence exclusive pour toutes les questions régies par le protocole », de sorte qu'elle peut y adhérer, ce qu'elle a fait. Exceptés les Etats non liés par le règlement (CE) n° 4/2009/CE (il ne reste plus que le Danemark à ce jour, la Commission européenne ayant

pris acte de la volonté du Royaume-Uni d'opter pour le règlement : décision 2009/451/CE de la Commission du 8 juin 2009), l'application combinée du règlement européen et du protocole de La Haye devrait être effectivement contraignante au jour de l'entrée en vigueur de ce dernier. Tel est en tout cas le vœu exprimé par le Conseil de l'Union européenne dans la décision commentée. Le changement est important et, pour tout dire, spectaculaire. Alors que le règlement du Conseil semblait soumettre l'applicabilité du protocole de La Haye à la volonté des Etats membres, une lecture littérale de la décision du Conseil implique que lesdits Etats sont dorénavant liés par l'instrument de La Haye sans même avoir à le ratifier (ce qu'aucun d'entre eux n'a fait à ce jour). L'Union européenne a purement et simplement préemptée la compétence des Etats membres dans la faculté qui leur était offerte d'adhérer ou de ne pas adhérer à l'instrument. Cette démarche s'inscrit clairement dans une perspective de hiérarchisation. En considérant que la Communauté européenne (devenue l'Union européenne) avait une compétence exclusive pour adopter le protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, le Conseil de l'Union européenne a manifesté le souhait d'intégrer le texte international au droit européen. Avec cette décision, la Convention internationale devient une source européenne du droit à part entière. Le système juridique européen se replie ainsi sur lui-même et intègre à ses propres constructions hiérarchiques un texte venu d'ailleurs.

255. - La troisième illustration est tirée de la manière dont la Cour de justice a refusé parfois de reconnaître un certain type d'effet direct à des conventions internationales liant l'Union européenne, pour éviter que cette immédiate ne nourrisse un contentieux européen sur la légalité des textes de droit dérivé ou sur la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne.

Situation - Absence d'effet direct reconnu à des normes de droit international susceptibles d'être interprétées avec le droit de l'Union européenne

Exemples des accords OMC, du protocole de Kyoto et de la Convention de Montego Bay

L'exemple des accords conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC - 1994) est célèbre. Nous l'avons déjà présenté (v. ss 102). La Cour de justice ne souhaite pas, manifestement que les règles du commerce mondial interfèrent de manière systématique sur la légalité des textes de droit européen dérivé ou n'alimentent le contentieux de la responsabilité extracontractuelle (v. par ex., refusant ouvertement d'apprécier la légalité d'une directive au regard d'un accord conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, CJCE 10 déc. 2002, *BAT en*, aff. C-491/01 ; plus récemment, dans le célèbre contentieux de la banane : CJCE 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, aff. C-377/02 ; comparer dans le cadre d'une action en responsabilité extra-contractuelle engagée contre l'UE : CJCE 9 sept. 2008, *FIAMM*, aff. jointes C-120 et 121/06).

Des discussions similaires ont porté sur l'absence d'invocabilité directe du Protocole de Kyoto (1997) de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1995). Voir, pour une illustration déjà signalée (v. ss 102), au titre du contentieux sur la légalité des textes de droit européen dérivé : CJUE 21 déc. 2011, *ATMA*, aff. C-366/10.

Comparer, s'agissant de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay - 1982), CJCE 3 juin 1988, *Intermarko*, aff. C-308-06.

256. - Un dernier exemple vise la manière dont l'Union européenne milite en faveur de l'insertion de clauses de déconnexion dans des conventions internationales à l'élaboration desquelles elle a pourtant participé.

Situation - Dédoublement du droit international et européen

Exemple des clauses de déconnexion

On appelle « clauses de déconnexion », ces clauses insérées dans des conventions internationales négociées par l'Union européenne et qui prévoient que tout ou partie de la convention internationale n'est pas applicable dans les rapports internes à l'Union européenne chaque fois qu'il existe - ou qu'il est susceptible d'exister - une réglementation européenne spécifique, potentiellement dérogatoire, en ce domaine. Des exemples sont connus en matière de radiodiffusion (Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière de 1989), de faillite internationale (Convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite de 1990) et de protection des biens culturels exportés de 1995). D'autres illustrations plus anciennes existent mais qui ne portent pas le nom de cette clause. On songe, notamment, aux possibilités offertes par l'accord du GATT (1947, repris en 1994) de créer des intégrations régionales, potentiellement dérogeatoires des règles qui gouvernent le commerce mondial.

Ces dispositifs conventionnels donnent naissance à deux régimes juridiques distincts. Un régime interne à l'espace européen de source européenne et un régime international s'appliquant à des relations extérieures de l'UE avec des États tiers ou des organisations internationales. Selon qu'il s'agit d'un rapport interne ou externe, le contenu du droit applicable au sein du système juridique de l'UE ne sera pas le même : priorité est donnée à la norme européenne dans les rapports internes ; priorité est donnée à la norme internationale dans les rapports externes.

Tous ces exemples montrent que le droit de l'Union européenne a développé un nombre assez varié d'outils lui permettant de se prévaloir contre les effets perturbateurs d'un droit international qu'il s'efforce d'intégrer à ses constructions. La situation n'est pas fondamentalement différente de celle que l'on

La hiérarchisation des droits et l'application du droit à différents niveaux 281

connait en droit français, dans ses rapports au droit international et, dans une moindre mesure, au droit européen.

□ 2 LE CHOIX D'UN NIVEAU D'APPLICATION DU DROIT PLUTÔT QUE D'UN AUTRE

257. - Le fait pour le juriste de se placer à un niveau national, international ou européen d'application du droit plutôt qu'à un autre pour traiter d'un cas particulier, soulève la question de sa liberté de choix. Dans un contexte fortement internationalisé et régionalisé, cette liberté est parfois présentée sous la forme un peu effrayante d'un *forum shopping* mondial (A). La réalité est plus complexe et nuancée, nombreuses étant les limites à la liberté de choix du juriste (B).

A. LE SPECTRE D'UN FORUM SHOPPING MONDIAL

258. - L'expression « *forum shopping* » désigne la situation où un plaideur fait usage de sa liberté de saisir tel juge plutôt que tel autre, dans l'espoir que ce choix exerce une influence sur l'issue du litige. Son usage est bien connu des internationalistes privatistes : en choisissant le juge de l'État A, le plaideur espère que le droit que ce juge appliquera lui sera plus favorable que celui qui aurait été appliqué par le juge de l'État B. Pris sous cette forme un peu simplifiée et caricaturale, le *forum shopping* se mène en *law shopping*. En cherchant à atteindre tel juge plutôt que tel autre, le plaideur entend se placer sous l'application d'un droit, plutôt que sous celle d'un autre.

Rapportée à l'hypothèse ici étudiée où un juriste manifeste une volonté de se placer à un niveau national, international ou européen d'application du droit plutôt qu'à un autre, la figure du *forum shopping* est-elle apte à décrire une pratique de dimension mondiale ?

259. - Si l'on essaye, pour commencer, de répondre affirmativement à cette interrogation, on peut dire que le thème du *forum shopping* occupe une place de plus en plus visible dans l'appréhension du contentieux international et régional. On peut en donner quelques illustrations significatives.

260. - Les pratiques de *forum shopping* sont connues dans le domaine de la protection internationale et régionale des droits de l'homme.

Situation - Contentieux international et régional des droits de l'homme et choix du forum

L'exemple de l'affaire « Géorgie c/ Russie »

Rosalynne Higgins, alors présidente de la Cour internationale de justice, a présenté en 2009 un discours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle y évoque une affaire Géorgie contre Russie qui était pendante, à l'époque (la CJJ s'est déclarée incompétente depuis dans un arrêt

du 1^{er} avril 2011), devant la juridiction internationale. Les termes retenus par la Présidente méritent d'être rapportés car ils décrivent bien la manière dont un juge international peut ressentir le phénomène de *forum shopping*. Les voici : « L'affaire Géorgie c. Russie est importante à un autre titre : elle illustre le phénomène actuel consistant à soulever des questions juridiques identiques ou similaires devant différentes instances. Il s'agit d'une conséquence du fait que l'interprétation du droit international – notamment en matière de droits de l'homme – est une tâche désormais dispersée entre différents organes judiciaires et quasi judiciaires. À la Cour internationale de justice et aux trois systèmes régionaux principaux de protection des droits de l'homme en Europe, en Amérique et en Afrique viennent s'ajouter les organes mis en place par certains traités internationaux en matière de droits de l'homme afin de contrôler l'application de leurs dispositions. Ces traités sont les deux pactes internationaux ainsi que la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, la Convention contre la torture, la Convention des droits de l'enfant et la Convention sur les droits de tous les travailleurs migrants. En outre, au cours des quinze dernières années, à la suite des atrocités à grande échelle commises en ex-Yougoslavie et au Rwanda, nous avons pu observer la création de tribunaux internationaux ad hoc chargés de juger les personnes présumées responsables de ces crimes ainsi que la mise en place d'une Cour pénale internationale permanente. La Cour internationale a été saisie du différend opposant la Géorgie à la Russie sur les événements d'août 2008 dans le cadre d'une procédure contentieuse ayant pour objet l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Dans l'ordonnance qu'elle a rendue, elle a relevé que la question aurait tout aussi bien pu être portée à l'attention du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Presque au même moment, la Géorgie a introduit une requête interétatique devant la Cour européenne, alléguant la violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention européenne et de l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété) à la Convention. La Cour européenne a ordonné des mesures provisoires appelant l'une et l'autre des parties à respecter leurs obligations découlant de la Convention, notamment de ses articles 2 et 3. En outre, elle a été saisie depuis lors de milliers de requêtes dirigées contre la Géorgie ayant pour objet les hostilités qui avaient éclaté en Ossétie du Sud au mois d'août 2008. Parallèlement, le procureur de la Cour pénale internationale a déclaré que son Bureau était en train d'examiner la situation en Géorgie. Nous avons constaté le même phénomène de reformulation de demandes ayant essentiellement le même objet à l'occasion des attaques aériennes conduites en 1999 par l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie. Là encore, la Cour internationale et la Cour européenne avaient été l'une et l'autre saisies. La pléthore d'organes judiciaires et quasi judiciaires dans le domaine des droits de l'homme

entraîne bel et bien un risque de divergences de jurisprudence » (CEDH, Rapport annuel 2009, Conseil de l'Europe 2010, p. 45).

Pour une étude systématique du traitement des procédures parallèles en ce domaine, voir J.-F. Flauss et S. Touré (dir.), *Contentieux international des droits de l'homme et choix d'un forum : les instances internationales de contrôle face au forum shopping*, Bruyant – Némésis, 2012. Pour une lecture du phénomène en termes de stratégie juridique : B. Frydman et L. Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », RTDH 2009, 73.

261. - Le *forum shopping* est également travaillé en matière pénale.

Situation – Plusieurs juges nationaux et internationaux en matière pénale

Répartition judiciaire du champ répressif et choix du juge

Les pénalises réfléchissent depuis longtemps sur les situations où une concurrence se fait jour entre des juges nationaux et internationaux (voir, précurseurs en ce domaine, les travaux de M. Delmas-Marty, pénaliste de formation, sur le pluralisme juridique mondial, cités en bibliographie générale à la fin de cet ouvrage).

Entre autres travaux récents sur le sujet, on peut signaler une étude (A. Gogorza, « CPI, TPI, tribunaux internationalisés, juridictions nationales : quel juge pour quelle infraction internationale ? » in V. Malabat (dir.), *Juge national, européen et international et droit pénal*, Cujas, 2012, p. 61) où l'auteur s'efforce de dessiner une « répartition judiciaire du champ répressif ». Pour ce faire, différents critères (critères fondés sur la nature de l'infraction et critères fondés sur l'auteur de l'infraction) sont étudiés qui contribuent à une répartition des compétences entre les différentes juridictions pénales internationales et nationales. L'objectif est d'éviter clairement une concurrence des juridictions internationales, régionales et nationales œuvrant pour une justice pénale mondialisée. Cet objectif n'est pas toujours atteint. L'utilisation de ces critères n'est pas homogène selon le contexte juridique en cause de sorte que le recours à des grands principes (principe de spécialité des juridictions internationales, principe de complémentarité (sur lequel, v. ss 125) inhérent à la justice pénale internationale, etc.) fait que le « choix du juge pénal » demeure une réalité dans un contexte de plus en plus internationalisé.

262. - Des scénarios de *forum shopping* mondial existent dans d'autres domaines. Nous avons ainsi eu l'occasion d'imaginer un cas de stratégie à fronts multiples en matière de droit de la propriété intellectuelle¹. Mais cela vaut pour toutes les matières de droit économique, spécialement quand les enjeux justifient une telle débauche de moyens.

¹ V. ss 74.

Situation – Le développement de procédures parallèles en droit économique

Retour sur les stratégies à fronts multiples

En droit économique, le développement d'actions parallèles devant des instances aussi bien nationales, qu'internationales et européennes n'a rien d'exceptionnel. À chaque fois, par exemple, qu'un Etat ou une collectivité territoriale réglemente une activité économique (octroi d'un droit exclusif à un opérateur économique, définition de tarifs imposés, changement des conditions d'accès ou d'exercice à une activité réglementée, interdiction de commercialisation d'un produit, etc.) et que les enjeux économiques sont importants, il s'expose à ce qu'une discussion générale, européen (droit de concurrence) ou international (jeu des règles sur le libre échange). Des juristes hautement spécialisés ont ainsi développé une capacité à maîtriser les enjeux de ces stratégies à fronts multiples qui sont d'autant plus nécessaires qu'elles mettent en scène un conflit entre une autorité publique (un Etat par exemple) et un opérateur privé, le second cherchant à faire évoluer les positions du premier au terme d'un rapport de force qui peut s'exercer sur des années. Sur le manquement de ces stratégies à fronts multiples, voir, par exemple, Ch. Jamin (prés.), « Table-ronde sur les cabinets d'avocats à vocation mondiale : quelles stratégies pour demain ? », *Ch. dr. entr.* 2011, n° 5, p. 9.

263. - Des analyses ont été proposées également au départ d'un certain nombre de cas célèbres mettant en scène une concurrence entre juridictions internationales ou régionales et des conflits de procédures.

Situation – Concurrence entre juridictions internationales ou régionales et conflits de procédures

Retour sur les affaires « Usine Mox », « Ligne du Rhin de fer » et « Bosphorus »

Deux études ont été publiées relativement récemment qui s'attachent à examiner le phénomène de concurrence des juridictions internationales ou régionales et des conflits de procédures : N. Lavranos, *Jurisdictional Competition – Selected Cases in International and European Law*, *Europa Law*, 2009; Y. Kerbrat (dir.), *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruylant, 2011. La première se présente comme une étude de cas, précédée d'une introduction et suivie de différentes propositions de résolution des conflits. La seconde envisage de manière systématique la concurrence de procédures dans les grandes branches du droit international (droit des investissements, commerce mondial, droits de l'homme, droit pénal et droit de l'environnement).

Parmi les différents cas présentés, on trouve, notamment, les affaires « Usine Mox » (CJCE 30 mai 2006, *Commission c/ Irlande*, aff. C-459/03),

« Ligne du Rhin de fer » (CPA 24 mai 2005) et « Bosphorus » (CEDH 30 juin 2005, req. 45036/98) que nous avons déjà croisées à un moment où un autre de ce travail (voir p. 335, la table de jurisprudence). Le point commun à toutes ces affaires est de mettre en scène une pluralité de juridictions internationales ou européennes, ayant eu à connaître ou, plus modestement, étant susceptibles de connaître d'une situation identique ou similaire. Ainsi, dans l'affaire « Mox », deux juridictions arbitrales, le tribunal international du droit de la mer et la Cour de justice des Communautés européennes ont été saisies de tout ou partie du dossier, la CJCE déclarant de réaffirmer de manière brutale sa compétence exclusive pour trancher du différend entre le Royaume-Uni et l'Irlande. Dans l'affaire « Ligne du Rhin de fer », la Cour permanente d'arbitrage prend son soin particulier à vérifier que son travail d'interprétation du droit de l'Union européenne ne chevauche pas le travail d'interprétation préjudicielle dévolue à la CJUE en vertu du TPEU. Dans l'affaire « Bosphorus », la CEDH délivre une présomption simple de conformité du droit de l'UE à la CESDHLE, présomption qui trouve en partie sa justification dans la présence au sein de l'UE d'un juge (la CJUE) à même de garantir la protection des droits fondamentaux et un contrôle de la légalité des actes de droit européen dérivé.

Ces exemples, sans doute un peu exceptionnels, montrent que dans des contextes différents les uns des autres, les juges internationaux et européens ont de plus en plus conscience de leur coexistence/concurrence. Cet état se traduit dans les décisions soit par des manifestations de rejet (comme dans le cas de l'affaire « Usine Mox ») ou d'empathie (comme dans le cas des affaires « Ligne du Rhin de fer » et « Bosphorus »). Cette situation est de nature à éveiller chez le juriste le sentiment que plusieurs juridictions s'offrent potentiellement à lui dans le contexte international et européen et qu'il lui faut sans doute procéder à un choix qui sera guidé notamment par une analyse comparée de la pratique décisionnaire des différents acteurs en présence (sur la comparaison multinationale, voir *supra*, nos développements en Partie I : v. ss 55).

Même s'il peut être observé, le phénomène de *forum shopping* n'en présente pas moins des spécificités importantes dans un contexte mondial, spécificités qui tiennent à la présence de limites importantes à la liberté de choix.

B. LES LIMITES À LA LIBERTÉ DE CHOIX

1. La présence de juridictions diversement spécialisées aux différents niveaux

264. - Comme nous l'avons relevé au début de ce paragraphe, l'expression *forum shopping* s'est développée à l'origine dans le contexte d'une justice

étatique, les juges des différents pays du monde s'offrant potentiellement à la stratégie des plaideurs. Son emprunt dans un contexte plus vaste, incluant des juridictions internationales et européennes, ne se fait pas sans quelques adaptations. Comme souvent, une notion développée à un niveau, ici national, n'a pas nécessairement la même signification et la même portée à un autre niveau, en l'occurrence international et européen, et *a fortiori*, dans les relations entre ces différents niveaux¹.

Dans le cas présent, on peut dire que le *forum shopping* est souvent entravé par une trop grande altérité entre les justices pouvant être rendues au niveau national, international et européen. Si le plaideur sait que le résultat qu'il recherche ne peut être atteint qu'à un seul niveau, faire pour les justices exercées à un autre niveau de présenter des traits comparables, il ne peut entrer dans des considérations de choix. La situation est donc quelque peu paradoxale : si l'espoir de solutions différentes alimente le *forum shopping*, encore faut-il que ces différences ne soient pas trop grandes, sans quoi elles annulent toute possibilité de choix. Pour illustrer ce propos, on distinguera deux types de situations.

265. - Les premières situations reposent sur des considérations de procédure.

Situation – Altérité des règles de procédures gouvernant les différentes juridictions aux différents niveaux

Exemples de règles procédurales limitant la liberté de choisir son juge

Les hypothèses sont légion où un plaideur, qui aimerait pouvoir choisir son juge national, international ou européen, se trouve confronté à une impossibilité de choix, compte tenu de règles procédurales. Prenons quelques exemples : l'absence de recours direct ou leur caractère très limité pour les requérants ordinaires devant une juridiction internationale ou européenne (la CJJ ou l'ORD et, pour bon nombre de recours, la CJUE par exemple) ; le caractère subsidiaire d'une justice internationale ou européenne qui requiert un épuisement des voies de recours interne (devant la CEDH, par exemple) ; le caractère purement volontaire de la soumission d'un plaideur à certaines formes de justice internationale (arbitrage ou justice de droit international), etc.

Ces considérations générales doivent parfois être nuancées dans certains contextes. Par exemple, le contentieux international ou européen des droits de l'homme, le contentieux pénal international ou encore le contentieux relatif aux investissements internationaux offrent des profils de justice nationale, internationale ou européenne qui tendent à se rapprocher les uns des autres. Ce n'est pas un hasard si les pratiques de *forum shopping* sont le plus perceptibles dans ces matières. Voir, déjà cité, N. Lavranos, *Jurisdictional Competition – Selected Cases in International and European Law* : *Europa Law*, 2009 ; Y. Kerbrat (dir.), *Forum Shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruylant, 2011.

1. Pour une démonstration en ce sens, à propos d'autres expressions, v. ss 117.

Un cas en particulier : le contentieux de l'annulation

Le contentieux de l'annulation est un bon exemple d'accès contraignant à un juge. Prenons comme hypothèse de travail la situation d'un plaideur qui souhaite voir déclarer une norme juridique nulle en raison de sa non-conformité à une norme qui lui est supérieure. Selon que cette norme est produite dans un système juridique de droit national, international ou européen, le plaideur devra se diriger vers tel juge plutôt que vers tel autre. En principe, seul un juge international peut annuler une norme internationale, seul un juge européen peut annuler une norme européenne et seul un juge national peut annuler une norme nationale. Le contentieux de l'annulation – comme beaucoup d'autres contentieux – change donc littéralement d'objet selon qu'il est considéré à un niveau d'application du droit plutôt qu'à un autre. Le plaideur peut – dans l'absolu – choisir de demander l'annulation d'une norme nationale plutôt qu'européenne ou internationale. Mais pour chacune de ces normes, il n'aura, en principe, aucune liberté de choisir son juge, sauf cas tout à fait particulier (pour l'hypothèse de l'annulation d'un titre européen de propriété intellectuelle par un juge national et/ou par un juge européen, voir, à propos de la marque communautaire : v. ss 135).

266. - Les autres situations d'altérité portent sur des considérations de droit matériel applicable devant les différentes juridictions aux différents niveaux.

Situation – Altérité du droit matériel applicable devant les différentes juridictions aux différents niveaux

Exemples pratiques de différences de droit matériel applicable limitant la liberté de choisir son juge

Une considération simple consiste à observer que les juges présents aux différents niveaux – national, international ou européen – n'appliquent pas nécessairement les mêmes droits pour la bonne et simple raison que leur culture juridique n'est pas la même. Une entrave à une liberté économique, par exemple, n'est pas appréhendée de la même manière, selon les mêmes raisonnements et les mêmes justifications, par un juge national détenteur des libertés individuelles, une instance internationale en charge de différends commerciaux entre États et un juge européen qui statue dans le contexte d'une intégration régionale. Si une entreprise estime que sa liberté économique est entravée par une autorité publique, elle n'est pas confrontée à un choix entre trois juges différents à même de traiter la même question. Elle est en présence de trois questions juridiques profondément distinctes, chacune pouvant être réglée à sa manière par un juge différent. Le juge national pourra annuler ou déclarer inopposable la réglementation nationale en cause en raison de son caractère anticonstitutionnel. Le juge international constatera une violation d'un accord de libre-échange et invitera les parties à négocier une issue au conflit sous

peine d'autoriser des contre-mesures de rétorsion. Un juge européen n'aura d'yeux que pour un principe de libre circulation au terme duquel il cherchera à identifier une entrave et ses éventuelles justifications.

Ce cas, un peu exceptionnel, montre que les différences de droit matériel applicable ont souvent une portée bien plus grande qu'on ne le croit. Le juriste est trop souvent tenté de considérer que, parce que le problème est au départ objectivement le même (dans notre exemple : une autorité publique nationale qui restreint une liberté économique), son traitement au niveau national, international et européen est ou devrait nécessairement être le même. Cette vision est le plus souvent contredite par la réalité. Les juges présentent un degré de spécialisation qui fait qu'ils n'appliquent pas le même droit à des situations qui ont une origine commune. Les différences de solutions qui en résultent sont moins l'expression d'une incohérence ou même d'une simple contradiction que la traduction d'un pluralisme juridique mondial que le juriste doit apprendre à maîtriser. La comparaison du droit national, international et européen permet de mettre en évidence certaines de ces différences (v. ss Partie I, les nombreuses illustrations proposées). Le juriste doit les garder présentes à l'esprit quand la question se pose à lui du choix d'un juge national, international ou européen plutôt que d'un autre et se méfier des raccourcis, causalités incertaines et autres extrapolations (sur lesquelles, v. ss 50). Selon l'objectif qu'il souhaite atteindre, il se peut qu'il n'ait tout simplement pas le choix, un juge à un niveau donné (national, international ou européen) étant seul qualifié pour cela.

Approche théorique : comparaison des méthodes de droit international public et de droit international privé dans la désignation du droit applicable

Les considérations pratiques qui précèdent n'interdisent pas une approche plus théorique où la question est posée de savoir si l'on n'assiste pas, sur le terrain de la désignation du droit applicable, à certains rapprochements entre les méthodes de droit international public et les méthodes de droit international privé. La question se pose globalement en ces termes. Pendant longtemps, on a considéré que sur le terrain (tout à fait particulier) de la recherche du droit applicable, le point de clivage entre un juge international et un juge national, tous deux saisis d'une situation internationale, résidait dans le fait que le premier ne pouvait faire application que de son propre droit (le droit international) alors que le second était apte à appliquer un droit étranger (désigné par une règle de conflit de lois). La dissociation juge compétent / droit applicable était inconcevable en droit international public, là où elle apparaissait comme possible, sinon nécessaire, en droit international privé.

Ce clivage entre les deux disciplines est de plus en plus souvent remis en cause (voir en particulier sur ce thème, l'analyse proposée par M. Forteau, « *Forum shopping* et fragmentation du droit applicable aux relations internationales – le regard de l'internationaliste publiciste », in *La fragmenta-*

tion du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés des internationalistes privatistes et publicistes (dir. scientifique M. Forteau; coord. J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet, J.-M. Thouvenin), Pedone, 2011, p. 143). Il est de plus en plus fréquent qu'une juridiction internationale fasse application d'un droit national ou même régional. La pratique arbitrale est souvent dotée en exemple : la Convention de Washington de 1965 instituant le CIRDI prévoit cette possibilité (art. 42.1 : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend y compris les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes de droit international en la matière »); des sentences arbitrales se sont distinguées par leur capacité à appliquer de front plusieurs droits, élaborés à différents niveaux (CPA, sentence partielle du 30 janvier 2007 dans l'affaire « Eurotunnel c. France et Royaume-Uni », articulant différents droits nationaux, internationaux et européens autour de la question du régime juridique applicable aux relations entre les parties au contrat de concession). Quant à la juridiction de l'Union européenne, les exemples sont connus où elle peut appliquer alternativement, outre le droit européen, du droit national et du droit international (l'exemple le plus significatif est celui du contentieux de la responsabilité, alimenté par le droit national en matière contractuelle et par le droit international en matière extracontractuelle).

Cette convergence, si ce n'est des méthodes de désignation du droit applicable mais du droit potentiellement appliqué par les juges (sur l'importance de cette référence au droit appliqué, voir nos développements *infra* : v. ss 280) réduit incontestablement l'altérité qui peut être constatée entre les différentes justices nationales, internationales et européennes. Elle favorise, nous l'avons vu, une circulation des méthodes et solutions juridiques (voir *supra*, Partie 2 : v. ss 149). Mais le juriste doit rester vigilant. L'analyse, au cas par cas, du droit effectivement appliqué par les différents juges montre que d'importantes différences subsistent. Pour une démonstration en ce sens, dans le domaine sensible de l'arbitrage d'investissement où les pratiques de *forum shopping* se développent, voir F.-X. Train, « *Forum shopping* et fragmentation du droit applicable aux relations internationales – le regard de l'internationaliste privatiste », in *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés des internationalistes privatistes et publicistes*, préc., p. 138 s.

2. L'existence de systèmes intégrés

267. - La liberté du plaideur dans le choix du juge national, international ou européen qui aura à connaître de sa situation est également limitée par la présence de systèmes juridiques intégrés. Pour un juriste français, il est clair que le rôle du juge national ne peut être envisagé en indifférence totale du système juridique de l'Union européenne et, notamment, de la place qu'un autre juge – la Cour de justice de l'Union européenne – y occupe.

Situation - De lege lata : la CJUE et les juridictions des États membres

L'exemple des contraintes pesant respectivement sur la juridiction européenne et les juridictions nationales

Le choix d'un plaideur d'utiliser la saisine d'un juge national ou d'un juge européen comme outil de repli du système juridique national ou européen sur lui-même (v. ss 244, les exemples proposés) est fortement contraignant dans une intégration juridique. Dans un système intégré, tel qu'il existe au sein de l'Union européenne, les outils juridiques sont nombreux qui sont susceptibles d'empêcher les tentatives de repli d'un système sur lui-même.

Du côté des systèmes juridiques nationaux, nous savons, par exemple, que si un juge refuse de poser une question préjudicielle à la CJUE pour privilégier une interprétation nationale sur une interprétation autonome de la norme européenne, il existe trois façons de contourner cet obstacle : le plaideur, si son affaire n'est pas définitivement jugée, pourra essayer de convaincre un juge supérieur de la nécessité de poser une question préjudicielle ; s'il n'y parvient pas, il pourra, à certaines conditions, tenter une action en responsabilité contre son État en raison de la faute commise par le service public de la justice (CJCE 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01 ; la Cour de cassation française a reconnu cette possibilité dans onze arrêts rendus le même jour : Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, 10-24250-10-24261) ; il pourra également inviter la Commission de l'UE à ouvrir une procédure en constatation de manquement contre l'État en cause (TFUE, art. 258 s.) ; enfin si la situation du plaideur est amenée à se répéter, ce qui est le cas des contentieux récurrents, il sera toujours temps pour lui de convaincre à nouveaux dix autres juges nationaux, dans d'autres procédures, qui accepteront peut-être enfin de poser une question préjudicielle, fût-ce contre la position de leur juridiction supérieure (c'est l'hypothèse de la jurisprudence « *Cofidis* » (CJCE 21 nov. 2002, aff. C-473/00) où un tribunal d'instance français (Vienna) a eu l'audace de poser une question préjudicielle à la Cour de justice là où la Cour de cassation s'y était alors refusée ; c'est de manière plus manifeste encore, le cas de l'affaire « *Köbler* » (CJCE 30 sept. 2003, aff. C-224/01) où une juridiction locale a posé à la juridiction européenne la question de la responsabilité de l'État autrichien pour refus de la juridiction supérieure de poser une question préjudicielle à la même Cour de justice). Du côté du système juridique européen, des garde-fous existent également. Les États membres occupent une place dans une construction européenne intégrée que ne saurait ignorer une Cour de justice, gardienne des Traités européens. La jurisprudence « *Solange* » en est l'illustration la plus éclatante (sur cette jurisprudence, v. ss 285). De manière plus générale, la place reconnue aux traditions juridiques nationales, la marge de manœuvre laissée aux États et aux juges nationaux, le rôle direct joué par les États dans l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (Protocole 2 annexé aux TUE et TFUE ; le dispositif dit du « carton jaune » a été actionné pour la première fois en mai 2012 par douze parlements nationaux à propos d'une proposition de règlement du Conseil relatif à

l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012)130 final) sont autant d'outils au service d'une intégration juridique dont on oublie trop souvent de rappeler qu'elle joue à double sens.

268. - Dans un avenir proche, une autre forme d'intégration devra être prise en compte, une fois que l'Union européenne aura effectivement adhéré à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce sont, en effet, les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme qui s'en trouveront profondément modifiés.

Situation - De lege ferenda : la CJUE et la CEDH

L'évolution des rapports entre la CEDH et la CJUE

Le traité d'adhésion de l'Union européenne à la CESDHLF est en cours de négociation. Les points à régler sont nombreux, ce qui explique que les discussions soient toujours en cours alors que le Traité de Lisbonne, qui marque l'engagement de l'UE à adhérer à la CESDHLF, est entré en vigueur en décembre 2009. Sont en cause, en effet, les modalités d'intégration du système juridique de l'Union européenne dans le système de la CESDHLF. Au titre de ces modalités figure la question sensible des rapports entre les deux juridictions européennes. Ces derniers vont nécessairement évoluer vers plus d'intégration. Il n'est pas certain, par exemple, que la CEDH maintienne sa jurisprudence *Bosphorus* (CEDH 30 juin 2005, req. 45036/98, préc.). Il est à peu près évident que la CJUE ne disposera plus de la marge de manœuvre qui était la sienne par rapport au travail d'interprétation de la CEDH. La tentation de repli du système juridique de l'UE sur lui-même n'en sera que plus renforcée. Sur le terrain de la stratégie des plaideurs, il sera sans doute de plus en plus difficile de jouer la carte d'un juge contre un autre, chose qui n'était déjà pas aisée (en dépit du discours pronostiquant « une guerre des juges européens » ; pour un exemple parmi d'autres, G. Lebreton, « Critique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », D. 2003. 2319).

SECTION 2

LA HIÉRARCHISATION PAR APPLICATION DU DROIT À UN AUTRE NIVEAU : L'APPEL À UN DROIT HIÉRARCHISÉ

269. - Pour résoudre son cas à l'aide d'une hiérarchie des normes, le juriste a fait le choix, plus ou moins libre, de se placer à un niveau d'application du droit plutôt qu'à un autre. Ce positionnement est confronté à la réalité

d'un pluralisme juridique mondial qui commande que d'autres méthodes et solutions soient à l'œuvre à d'autres niveaux. Or, ces autres méthodes et solutions participent elles aussi potentiellement à un processus de hiérarchisation des droits. Le juriste doit alors maîtriser les voies de passage d'une hiérarchie définie à un niveau à une hiérarchie définie à un autre niveau (§ 1), lesquelles commandent parfois la référence nécessaire à « un droit hiérarchisé », c'est-à-dire une hiérarchie des normes appliquée (§ 2).

□ 1 LES VOIES DE PASSAGE D'UNE HIÉRARCHIE DÉFINIE À UN NIVEAU À UNE HIÉRARCHIE DÉFINIE À UN AUTRE NIVEAU

270. - L'identification des voies de passage d'une hiérarchie définie à un niveau à une hiérarchie définie à un autre niveau emprunte au thème de la circulation des situations qui a été abordé au titre de la phase de combinaison des droits (voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2). Dans la configuration qui nous intéresse principalement dans cet ouvrage d'une circulation des situations entre le niveau national, international ou européen, trois scénarios peuvent être envisagés : les voies de passage entre le niveau national et international (A), entre le niveau national et européen (B) et entre le niveau international et européen (C).

A. LES VOIES DE PASSAGE ENTRE LE NIVEAU NATIONAL ET INTERNATIONAL

271. - Le passage d'un niveau national à un niveau international et inversement peut emprunter différentes voies.

Situation - Le passage d'une institution nationale à une institution internationale et vice versa

L'exemple du conflit entre un État et un ressortissant étranger, élevé au rang de conflit interétatique : retour sur l'affaire « Diallo »

Pour illustrer le phénomène de circulation entre le juge national et la Cour internationale de justice, nous avons pris l'exemple de l'affaire « Diallo » (CJ 30 nov. 2010, *Ahmadou Sadio Diallo - Guinée c/ République démocratique du Congo*; sur cette affaire, voir nos développements *supra* : v. ss 142). Cet arrêt illustre le cas où un État exerce la protection diplomatique sur l'un de ses ressortissants, après épuisement des voies de recours internes. Rappelons que cette protection diplomatique permet d'élever la situation nationale (ici, le recours du ressortissant devant les autorités de l'État étranger qui a pris une mesure de spoliation et d'expulsion à son encontre) au niveau international (un différend interétatique porté devant la Cour internationale de justice).

Dans une hypothèse de ce type, les constructions hiérarchiques de droit national qui permettent d'apprécier, dans le contexte national, la légalité

de la mesure d'expulsion et de spoliation, déterminent, dans l'ordre international si un État a enfreint une obligation du droit international en adoptant la mesure d'expulsion et de spoliation en cause. Les constructions hiérarchiques définies au niveau national trouvent donc un certain écho au niveau international.

L'exemple du différend arbitral international réceptionné par un ordre juridique étatique : l'hypothèse d'une sentence confrontée à une règle d'ordre public international français

Soit un arbitrage international ayant donné lieu à une sentence. La question peut se poser de la réception de cette sentence dans un ordre juridique étatique (reconnaissance, exécution ou recours en annulation), par exemple français. Au titre de cette réception, un contrôle peut être exercé par le juge étatique de l'absence de « contrariété manifeste à l'ordre public international » (sur le fondement, par exemple, de l'art. 1514, 1520 ou 1525 du C. pr. civ.). Cet ordre public international est un ordre public international français (pour une illustration, pour un cas de non-respect par l'arbitre international du principe de *suspension* des pourvois individuels en matière de faillite défini notamment au niveau français, Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-12.015; voir, en comparaison, la prescription étatique d'ordre public international, Civ. 1^{re}, 30 juin 1998, pourvoi n° 96-13.469). Même si cet ordre public se veut spécifique aux relations internationales, il procède d'une hiérarchisation propre au système juridique français, au moins potentiellement. Cette hiérarchisation peut ne pas être la même que celle que l'arbitre a éventuellement considérée dans l'ordre international (« ordre public réellement international »). Il se peut donc que deux hiérarchies coexistent et interagissent, le cas échéant, l'une sur l'autre.

272. - Ce type de passage institutionnel n'est cependant pas toujours possible ou encore réalisé. Dans ces hypothèses, c'est l'application du droit dans le contexte national à une application du droit dans le contexte international et *vice versa* qui permet d'appréhender le passage d'une hiérarchie définie à un niveau à une hiérarchie définie à un autre niveau.

Situation - Le passage d'une application du droit dans le contexte national à une application du droit dans le contexte international et vice versa

L'exemple d'une solution de droit national évaluée dans un contexte international : retour sur l'appréhension d'une plainte présentée devant l'ORD

L'appréhension des violations des règles du commerce mondial de l'OMC par la législation des États parties à l'organisation illustre, nous l'avons vu, un cas de circulation (v. ss 160). Un droit élaboré dans un

contexte national est apprécié, par le dépôt d'une plainte, dans un contexte international. Cette confrontation prend une tournure généralement abstraite. Les instances de l'ORD se livrent à une confrontation du texte de la réglementation nationale et s'attachent à confirmer ou infirmer une contradiction avec les termes de l'un quelconque des accords OMC (v. en ce sens, S. Bhatiyani, *National Law in WTO Law – Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge University Press, 2007, spéc. p. 37; pour une illustration en matière de propriété intellectuelle : affaire Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle, ORD, Rapport du groupe spécial, 26 janv. 2009, *États-Unis c/ Chine*, WT/DS362). Cette approche abstraite cède parfois le pas à une analyse plus concrète. C'est le cas, par exemple, de la situation dans laquelle c'est l'absence de mise en œuvre effective du droit national qui constitue un manquement aux obligations internationales (pour un exemple, dans un conflit opposant l'Argentine aux Communautés européennes, ORD, Rapport du groupe spécial, 29 sept. 2006, *Argentine c/ CE*, WT/DS293, voir les explications ci-après : v. ss 276). Dans les deux cas, on ne peut exclure, par exemple, une discussion sur le point de savoir quel type de dysfonctionnement interne révèle le non-respect des engagements internationaux par l'État défendeur. Au titre des dysfonctionnements possibles, il peut être observé, par exemple, une non-application de la hiérarchie interne des normes : une pratique administrative nationale contraire aux prescriptions législatives nationales, contrariété qui constitue un fait considéré comme un cas de violation de l'accord international de libre-échange.

B. LES VOIES DE PASSAGE ENTRE LE NIVEAU NATIONAL ET EUROPÉEN

273. - Les voies institutionnelles qui permettent de passer du niveau national au niveau européen et inversement sont connues. Elles illustrent le passage potentiel d'une hiérarchie définie à un niveau à une hiérarchie définie à un autre niveau.

Situation – Le passage d'une institution nationale à une institution européenne et vice versa

L'exemple de la question préjudicielle posée à la CJUE puis réceptionnée par une juridiction nationale : le cas de la célèbre affaire « Melki »
Les jeux d'aller et retour auxquels donnent lieu les procédures de renvoi préjudiciel entre les juridictions nationales et la juridiction européenne contribuent le plus souvent à une convergence des solutions nationales et européennes (pour une illustration remarquable, v. ss 198, l'étude de la jurisprudence « Arcelor »). Mais parfois, ils sont utilisés dans un tout autre but, notamment quand il s'agit d'opposer des constructions hiéran-

chiques de droit interne et des constructions hiérarchiques de droit européen. L'affaire « Melki » en est une illustration remarquable.

Dans une procédure interne, une juridiction du fond française a soulevé devant la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité en vue de son éventuelle transmission au Conseil constitutionnel, compétent au titre du nouvel article 61-1 de la Constitution française. La question formulée par le juge metait en cause la compatibilité d'une disposition de la loi française (C. pr. pén., art. 78-2, al. 4) avec « les droits et libertés garantis par la Constitution de la République Française ». Refusant de s'en tenir au strict énoncé de la question posée par le juge de renvoi, la Cour de cassation a pris appui sur les écritures du demandeur pour déplacer la discussion du terrain de la constitutionnalité de la loi française vers celui de sa conformité à des dispositions de droit européen (Cass., QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40002). Pour ce faire, la haute juridiction judiciaire a procédé à deux sauts successifs dans son raisonnement. Elle s'est d'abord interrogée sur la compatibilité de la règle de procédure pénale avec un article du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à la libre circulation des personnes dans l'espace de liberté, sécurité et justice (TFUE, art. 67). Puis remontant d'un cran dans la généralité, elle s'est posée la question sensible de la compatibilité de certaines règles de procédure relatives à la question prioritaire de constitutionnalité (Ord. 7 nov. 1958, art. 23-2 et 23-5, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009) avec les dispositions du traité européen sur le renvoi préjudiciel (TFUE, art. 267).

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation s'inscrit, sans hésitation possible, dans une perspective de hiérarchisation. La Cour de cassation en appelle à la primauté du droit européen pour déterminer si des règles de la loi organique française qui gouvernent les rapports entre le contrôle de la loi organique française et celui de conventionnalité sont compatibles avec le droit de l'Union européenne. Cette démarche retenue par le juge français mérite d'être explicitée. On peut, en effet, s'interroger sur le point de savoir pourquoi la Cour de cassation a fait le choix délibéré d'appréhender les rapports entre la loi française et le droit européen sous le prisme du conflit de normes ? Le juge judiciaire français aurait pu de lui-même trouver les voies d'une conciliation entre les règles françaises et les règles européennes, en considérant que la règle de procédure nationale de QPC n'interdit pas l'examen, dans un second temps, de la conventionnalité de la loi française, fût-ce au terme d'une question préjudicielle (pour une analyse en ce sens, voir Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, notamment p^o 15, qui a entendu formuler sa propre analyse de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la Cour de justice). Au lieu de cela, la Cour de cassation refuse de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et s'estime tenue de procéder à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice.

L'explication de cette attitude doit, nous semble-t-il, être recherchée dans la loi française. Quelle que soit l'interprétation que l'on entend donner des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précitée, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, il semble difficile de ne pas y voir une volonté de hiérarchiser l'ordre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité quand ils sont sollicités devant le juge judiciaire ou administratif français (sur ce point, voir nos développements : v. ss 251). Cet ordre n'est que de nature procédurale. Il marque néanmoins une préférence pour la formulation dans le temps de solutions de droit interne (contrôle de constitutionnalité) sur des solutions de droit international ou européen (contrôle de conventionnalité).

Cette chronologie qu'a voulu imposer le législateur français ne règle rien dans un contexte de pluralisme juridique mondial où une hiérarchie définie à un niveau (ici national) peut être malmenée à un autre niveau par une autre construction hiérarchique. C'est ce qu'a voulu rappeler la Cour de cassation française en allant chercher, par application des dispositions du TFUE qui lui en offrait la possibilité, l'interprétation de la Cour de justice.

La Cour de justice a rendu sa décision en s'efforçant de dégager les voies de conciliation entre la procédure de constitutionnalité interne et les exigences du droit européen encadrant l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres (CJUE 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sâlim Abadi*) : « l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres : de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union » (p^o 57).

L'instance a repris son cours devant la Cour de cassation, laquelle persiste et signe : « Attendu que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union, a l'obligation

d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire à la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ; Attendu que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen, qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité » (Cass., QPC, 29 juin 2010, n^o 10-40002).

Le choix délibéré de la Cour de cassation de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel illustre assez remarquablement la manière dont le juriste, ici un juge, peut manipuler plusieurs systèmes juridiques et leurs procédés de hiérarchisation respectifs. Dans le contexte de cette affaire, deux hiérarchies formelles étaient à l'œuvre. Une hiérarchie posée par la loi française qui ordonne que priorité soit donnée dans le traitement procédural du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité (articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, préc.). Une hiérarchie posée par le Traité sur l'Union européenne qui fait obligation aux juridictions supérieures nationales de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, en cas de difficulté d'interprétation du droit européen (TFUE, art. 267). Pour échapper aux contraintes inhérentes à la première règle hiérarchique, le juge français se place délibérément sous la coupe de la seconde règle hiérarchique. La situation juridique soumise à la Cour de cassation dans cette affaire est littéralement délocalisée. Du niveau national, elle passe au niveau européen.

Pour critiqueable qu'elle puisse paraître (voir, entre autres analyses, avec les nombreuses références citées : D. Simon, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Rev. crit. DIP* 2011, 1 ; voir en contrepoint, l'approche proposée par P. Puig (à propos notamment de la loi organique), « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010, 66), cette attitude tire les conséquences logiques de l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques. Un acteur institutionnel majeur fait ici la démonstration de sa capacité à utiliser l'ensemble des outils mis à sa disposition par les différents systèmes pour choisir de se placer, à un moment ou à autre, sous telle hiérarchie plutôt que sous telle autre. Mais ce choix n'a été véritablement possible que parce que le juge interne fran-

çais disposer d'un outil procédural lui permettant de solliciter, en cours de procédure, une interprétation authentique du droit européen. Or, tel n'est pas toujours le cas, loin s'en faut.

L'exemple de la requête présentée devant la CEDH après épuisement des voies de recours internes : le cas d'un contrôle de conventionnalité postérieur à une question prioritaire de constitutionnalité

La situation précédemment décrite d'un juge ordinaire français qui refuse de poser une question prioritaire de constitutionnalité et préfère que soit examinée, préalablement, une question d'interprétation du droit européen est sans doute exceptionnelle. Beaucoup plus fréquente, en revanche, est la stratégie du plaideur qui, n'ayant obtenu (totallement) gain de cause au terme d'une question prioritaire de constitutionnalité (soit que la question n'ait pas été transmise au Conseil constitutionnel, soit que la réponse du Conseil constitutionnel ne satisfasse pas pleinement le plaideur) décide, dans la même affaire ou dans une affaire similaire, de porter la question devant la Cour européenne de droits de l'homme après épuisement des voies de recours internes. Dans des situations comme celles-ci, deux procédés de hiérarchisation sont successivement mis à l'épreuve : la constitutionnalité de la loi française et sa conventionnalité au regard des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette dualité de contrôle rend inévitable les exercices de comparaison. Cette titre d'illustration, J.-P. Marguénaud, « La consolidation européenne de l'autonomie de l'action du ministre visant à obtenir l'annulation des clauses et contrats restreignant la concurrence », *RDC* 2012, 963) qui ne manquent pas d'informer les plaideurs sur la bonne stratégie à suivre entre les deux procédés de hiérarchisation. Se dessinent ainsi clairement les voies de passage d'une hiérarchie à un autre.

274. - Avant même d'envisager de poser une question préjudicielle à la CJUE ou d'introduire une requête devant la CEDH, le juriste peut anticiper le passage d'une hiérarchie définie à un niveau à une hiérarchie définie à un autre niveau en comparant l'application du droit dans le contexte national et le contexte européen.

Situation – Le passage d'une application du droit dans le contexte national à une application du droit dans le contexte européen et vice versa

L'exemple d'une solution de droit national évaluée dans un contexte européen : l'interprétation d'une décision du Conseil constitutionnel conforme à une jurisprudence de la CEDH

L'hypothèse de travail est la suivante. Au terme d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité d'une loi à la Constitution. Le juge ordinaire français est amené à

tirer les conséquences de cette décision du Conseil constitutionnel. Se pose à lui une question d'interprétation de la portée exacte de la décision du Conseil constitutionnel. Plutôt que d'envisager de poser une deuxième question prioritaire de constitutionnalité, le juge ordinaire peut être tenté de lire la décision française en s'inspirant implicitement ou explicitement d'une jurisprudence de la CEDH. Ce travail du juge ordinaire conduit à faire coexister, pour une même situation, deux processus de hiérarchisation : le premier qui s'inscrit au titre d'un contrôle de constitutionnalité de la loi française et le second qui met en œuvre un contrôle de conventionnalité par référence à un travail mené au niveau européen par une juridiction européenne. Pour une illustration de cette hypothèse, dans un cas de référence simplement implicite à la jurisprudence de la CEDH, voir l'analyse proposée par N. Maziau, « Constitutionnalité et conventionnalité au regard des motifs de la décision n° 2010-2 QPC du Conseil constitutionnel » (à propos d'un arrêt rendu par la Civ. 1^{re}, le 15 décembre 2011 sur un dispositif transitoire de la législation « anti-Perruche »), *D.* 2012. 297.

L'exemple d'une solution de droit européen évaluée dans un contexte national : l'affaire « Conseil national des barreaux »

Un arrêt du Conseil d'État rendu dans une affaire « Conseil national des barreaux » (CNB) illustre la manière dont le juge interne agence, dans son raisonnement, les passages possibles d'une hiérarchisation des droits au niveau national à une hiérarchisation des droits au niveau européen avec ou sans nécessité de recourir à un moyen institutionnel de type question préjudicielle (CE 10 avr. 2008, req. n° 296845) : « Considérant que les requérants soutiennent que la directive du 4 décembre 2001 et la loi du 11 février 2004 prise pour sa transposition méconnaîtraient les articles 6 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que des principes généraux du droit communautaire; Considérant, en premier lieu, qu'il résulte tant de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne [actuel TUE, art. 6 § 3] que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment de son arrêt du 15 octobre 2002, que, dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire; qu'il appartient en conséquence au juge administratif, communitaire; qu'il appartient en conséquence au juge des stipulations d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne [TFUE,

actuel art. 267); Considérant, en second lieu, que lorsqu'est invoquée devant le juge administratif un moyen tiré de ce qu'une loi transposant une directive serait elle-même incompatible avec un droit fondamental garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et protégé en tant que principe général du droit communautaire, il appartient au juge administratif de s'assurer d'abord que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de la directive; que si tel est le cas, le moyen tiré de la méconnaissance de ce droit fondamental par la loi de transposition ne peut être apprécié que selon la procédure de contrôle de la directive elle-même décrite ci-dessus ».

Pour expliquer la différence entre l'hypothèse où un recours préjudiciel devant la CJUE est requis et celle où il ne l'est pas, le juge français fait la part entre les questions qui relèvent de procédés internes de hiérarchisation (pas de question préjudicielle) et celles qui relèvent de procédés européens (question préjudicielle obligatoire).

C. LES VOIES DE PASSAGE ENTRE LE NIVEAU INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

275. - Les hypothèses de circulation entre le niveau international et européen et leur traduction en termes de hiérarchisation des droits sont sans doute plus difficiles à identifier. Il y a deux grandes raisons à cela. D'une part, le droit international est, nous l'avons vu, un droit faiblement hiérarchisé, de sorte que la figure du passage d'une hiérarchie de droit européen à une éventuelle hiérarchie de droit international apparaît comme un cas d'école. D'autre part, les hypothèses de conflit entre le droit international et européen ne sont pas légion de sorte que le recours à une hiérarchie, conçue comme une clé de résolution des conflits, est rarement utile.

Il existe néanmoins quelques cas.

Situation - Le passage d'une institution internationale à une institution européenne et vice versa

L'exemple d'une situation successivement soumise à une institution internationale et européenne et vice versa : retour sur l'affaire « Kadi »

L'affaire « Kadi » (TPI 21 sept. 2005, *Yusuf*, aff. T-306/01, censuré par : CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat*, aff. jtes C-402/05 et C-415/05; v. égal. en prolongement, l'affaire « Kadi II » (annulant un nouveau règlement européen, intervenu depuis), TPI 30 sept. 2010, aff. T-85/09) illustre, au premier degré, l'examen de la légalité d'un texte européen de droit dérivé qui trouve sa source dans une résolution des Nations Unies prononçant des sanctions individuelles (gel d'avoirs notamment) contre

des individus suspects d'intelligence avec des mouvements terroristes (v. ss 40). Mais si l'on considère la situation dans sa globalité, on observe qu'elle est amenée à circuler par différents biais décisionnaires (« égislateur », « exécutif » et « judiciaire » entendus au sens large) du niveau international au niveau européen. Ce passage institutionnel d'un niveau à un autre est susceptible de mettre en scène différents procédés de hiérarchisation des droits : un processus international, au sein duquel une place serait, par exemple, occupée par le *jus cogens*, et un processus européen, lequel repose notamment sur l'affirmation d'une communauté de droit et la protection de droits fondamentaux. Dans l'affaire « Kadi », le TPI a été tenté, nous l'avons signalé, de se réferer à un processus de hiérarchisation du droit international présenté comme concurrent du processus européen (TPI 21 sept. 2005, préc. : p^o 334 s.). La Cour de justice l'a fermement réfuté dans cette voie (CJCE 3 sept. 2008, préc. : p^o 290 et 327 not.). Le TPI ne l'a manifestement pas entendu (complètement) de cette oreille (TPI 30 sept. 2010, aff. T-85/09 : « les institutions et les gouvernements intervenants ont réitéré avec force, dans le cadre de la présente instance, les préoccupations déjà exprimées par eux, dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Kadi de la Cour, quant au risque de bouleversement du régime de sanctions mis en place par les Nations unies, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international, qui résulterait de l'instauration à un niveau national ou régional d'un contrôle juridictionnel du type de celui préconisé par le requérant à la lumière de l'arrêt Kadi de la Cour. Il est vrai que, dès lors qu'est admise la compétence de principe du Conseil de sécurité pour adopter des sanctions visant des particuliers, plutôt que des États ou leur régime (*smart sanctions*), un tel contrôle juridictionnel est susceptible d'interférer avec les prérogatives du Conseil de sécurité, notamment pour ce qui est de la définition de ce qui constitue une menace à la paix ou à la sécurité internationales, de la constatation de l'existence d'une telle menace et de la détermination des moyens d'y mettre fin. Plus fondamentalement, certains doutes ont pu être exprimés, dans les milieux juridiques, quant à la pleine conformité de l'arrêt Kadi de la Cour, d'une part, avec le droit international, et plus particulièrement avec les articles 25 et 103 de la charte des Nations unies, et, d'autre part, avec les traités CE et UE, et plus particulièrement avec l'article 177, paragraphe 3, CE, les articles 297 CE et 307 CE, l'article 11, paragraphe 1, UE et l'article 19, paragraphe 2, UE (v. égal. TUE, art. 3 § 5, et art. 21 § 1 et 2, ainsi que la déclaration n^o 13 de la conférence des gouvernements des États membres sur la politique étrangère et de sécurité commune, annexée au traité de Lisbonne, qui souligne que « l'UE et ses États membres demeureront liés par la charte des Nations unies et, en particulier, par la responsabilité principale incombant au Conseil de sécurité et à ses États membres du maintien de la paix et de la sécurité internationales. À cet égard, il a notamment été soutenu que, bien que la Cour ait affirmé, au point 287 de son arrêt Kadi, qu'il n'incombait pas au juge communautaire, dans le cadre de la compé-

tence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, il n'en demeure pas moins que contrôler la légalité d'un acte communautaire qui se borne à mettre en œuvre, au niveau de la Communauté, une telle résolution ne laissant aucune marge à cet effet revient nécessairement à contrôler, au regard des normes et des principes de l'ordre juridique communautaire, la légalité de la résolution ainsi mise en œuvre. » etc., p^s 113 s.).

Cette motivation, particulièrement alambiquée, du Tribunal de l'Union européenne révèle les difficultés pour le juge à agencer un processus de hiérarchisation des droits qui s'opère parallèlement à deux niveaux différents – international et européen ici –, même si, au final, c'est la hiérarchisation européenne des droits qui est ici préférée par le juge européen. Les voies de passage d'une hiérarchie à une autre n'ont pas été ici maîtrisées. Nous verrons comment il est possible de remédier à ce type de difficulté (v. ss 287).

276. - Il est également possible d'envisager un autre cas.

Situation - Le passage d'une application du droit dans le contexte international à une application du droit dans le contexte européen et vice versa

L'exemple du différend arbitral international confronté à un ordre juridique européen : l'exemple des jurisprudences « Eco Swiss » et « Poupardine »

Le droit de l'arbitrage international n'a pu rester indifférent à l'émergence d'un droit européen, spécialement dans sa dimension d'ordre public. C'est ainsi notamment que dans une affaire restée célèbre (CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97), la Cour de justice a déclaré : « Une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 85 du traité CE [devenu TUE], art. 101], dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public » (p^s 41). Eu égard aux conséquences attachées au non-respect d'une loi de police européenne, l'arbitre international, s'il ne veut pas que sa sentence soit annulée par un juge national membre de l'Union européenne, est invité à intégrer à son raisonnement des constructions hiérarchiques de droit européen. La question difficile se pose alors des modalités de cette intégration.

C'est cette difficulté qu'illustre un récent arrêt *Poupardine* (Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, pourvoi n^o 10-16-680; pour une compréhension de l'arrêt (que la seule lecture ne permet pas), voir notamment la note de P. Mayer,

Rev. arb. 2012. 76). Dans cette affaire, la Cour de cassation, par un motif peu explicite (« Mais attendu, d'une part, qu'avant relevé que le litige soumis aux arbitres avait pour objet l'appréciation du bien-fondé de la rupture unilatérale du contrat par la société Poupardine, la cour d'appel, juge de l'annulation, qui n'avait pas le pouvoir de réviser la décision au fond, a pu en déduire que les arbitres, en se déclarant, fit-ce à tort, incompétents pour statuer tant sur la conformité au droit communautaire de la décision de refus d'agrément de la société Smeg, prise par l'ONIC, en application de la réglementation nationale alors en vigueur que sur la légalité de l'article L. 211-16 du Code rural au regard des règles communautaires, et en déclarant la résiliation fondée, s'étaient conformés à leur mission »), dénonce, sans la sanctionner, la raison « d'incompétence » avancée par les arbitres pour ne pas examiner la conformité d'une décision prise par un organisme public français au regard du droit de l'Union européenne. Autrement dit, la Cour de cassation rappelle que les arbitres ont bien compétence pour appliquer le droit européen, en l'occurrence d'ordre public, même si autre chose était de savoir si, en l'espèce, la violation de la règle européenne était de nature à modifier la résolution du différend.

L'exemple d'une solution de droit européen (UE) évaluée dans un contexte international : retour sur l'appréhension d'une plainte présentée devant l'ORD

L'UE étant partie, avec ses États membres, à l'OMC, la réglementation européenne peut être évaluée au regard des exigences des règles sur le commerce mondial devant l'ORD. Le phénomène est d'ailleurs fréquent. L'UE a ainsi participé, comme défendeur, à plus de 70 procédures. Ce qui a été dit précédemment pour le droit national (v. ss 272) vaut potentiellement pour le droit européen. Pour une illustration, à propos d'une pratique de moratoire, consistant, de l'aveu même de l'administration européenne à refuser, pendant plus de cinq ans, d'approuver de nouveaux produits biotechnologiques « sans justification scientifique ou juridique » (*sic*), voir ORD, Rapport du groupe spécial, 29 sept. 2006, *Argentine c/ CE, WT/DS293*.

□ 2 LA RÉFÉRENCE À UN DROIT HIÉRARCHISÉ

277. - Une chose est de procéder à une hiérarchisation des droits à un niveau, une autre est de considérer la place qu'occupe ce droit hiérarchisé à un autre niveau. Deux questions se posent à ce propos : dans quelles hypothèses cette référence à un droit hiérarchisé est-elle utile voire, nécessaire (A) et comment déterminer le contenu et, sans doute, la nature de ce droit hiérarchisé (B) ?

A. LES HYPOTHÈSES OÙ LA RÉFÉRENCE À UN DROIT HIÉRARCHISÉ EST UTILE ET NÉCESSAIRE

273. - C'est probablement un truisme mais il mérite d'être explicité : pour que le juriste se donne la peine de considérer un droit hiérarchisé à un autre niveau que celui où son cas est appréhendé, il faut que cette considération soit utile à son raisonnement juridique. Indépendamment des questions que nous évoquerons plus loin (voir *infra*, § B), cette utilité juridique tient à une réalité simple mais qui est rarement considérée en tant que telle : le droit hiérarchisé est utile parce qu'il a été, qu'il est ou qu'il sera appliqué au cas en question.

Situation - Droit hiérarchisé et droit appliqué

Exemples où le droit hiérarchisé a été, est ou sera appliqué au cas
 Quel que soit le temps passé, présent ou futur auquel l'application du droit hiérarchisé est considérée (le juriste pouvant se placer à un moment ou un autre de l'analyse, selon qu'il traite une situation passée, présente ou à venir), le fait est qu'elle n'intéresse le juriste que si elle est susceptible d'atteindre le cas à traiter.

En égard aux différents scénarios envisagés précédemment (voir *supra*, § 1), on peut dire que cette application d'un droit hiérarchisé est envisagée par le juriste chaque fois que la mise en œuvre du droit dans un contexte est évaluée, en termes de compatibilité, dans un autre contexte.

Ainsi, la compatibilité du droit appliqué dans un contexte national, selon des constructions hiérarchiques définies au niveau national, peut être mesurée dans un contexte international (dans le cadre d'une procédure devant la CJ ou l'ORD, par exemple) et dans un contexte européen (UE et CEDH). De manière plus exceptionnelle, on peut envisager le cas inverse où la compatibilité d'un droit appliqué dans un contexte international (par exemple, arbitrage international) ou européen (UE ou CEDH) est évaluée dans un contexte national (par exemple, à l'occasion de l'adoption d'une règle ou décision nationale d'exécution). Dans certaines hypothèses particulières, la compatibilité du droit appliqué dans un contexte européen peut être évaluée dans un contexte international (procédure devant l'ORD contre l'UE) ou dans un autre contexte européen (UE - CEDH). De manière très exceptionnelle enfin, la compatibilité du droit appliqué dans un contexte international (par exemple, ONU, arbitrage international) peut être jugée, au moins indirectement, dans un contexte européen (UE ou CEDH).

279. - En égard aux différentes situations mises en évidence par les voies de passage d'une hiérarchie à une autre, certaines sont manifestement plus importantes que d'autres dans la place qu'elles concèdent à un droit hiérarchisé.

Les situations où la référence à un droit hiérarchisé peut être vécue par le juriste comme une nécessité recourent celles où une contrainte de circulation existe. Cette contrainte de circulation, que nous avons déjà envisagée dans une perspective de combinaison des droits (voir *supra*, Partie 2), intervient parfois dans un processus de hiérarchisation des droits. Quand cette contrainte existe, le juriste est amené, plus que dans toutes autres situations, à se référer à un droit hiérarchisé.

Situation - Droit hiérarchisé et contrainte de circulation

Exemples où un droit hiérarchisé est soumis à une contrainte de circulation

Parmi les différentes situations envisagées au titre du passage d'une hiérarchie à une autre (voir *supra*, § 1), certaines traduisent une contrainte de circulation. Trois cas de figure peuvent être distingués.

Le premier vise la situation où l'examen des modalités d'application du droit est une condition d'appréciation d'un cas de responsabilité internationale. C'est l'exemple, notamment, du conflit étatique élevé au rang de conflit interétatique devant la CJ ou, plus exceptionnellement, de l'appréhension d'une plainte présentée devant l'ORD contre un État ou l'UE.

Un deuxième cas de figure vise toutes les hypothèses où un procédé institutionnel permet à une relation de fait d'être successivement examinée à un niveau national puis à un niveau européen et *vice versa*. C'est l'exemple de la question préjudicielle portée devant la Cour de justice de l'Union européenne ou de la requête présentée devant la Cour européenne des droits de l'homme après épuisement des voies de recours internes et des effets qu'elles peuvent produire à rebours dans les ordres juridiques nationaux. À terme, quand l'Union européenne aura adhéré à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il faudra ajouter l'hypothèse du passage d'un niveau européen (UE) à un autre (CEDH).

Un troisième cas de figure concerne les hypothèses où une règle ou décision de droit international est confrontée à un ordre juridique étatique ou européen au stade de sa reconnaissance ou de son exécution. C'est le cas d'une sentence arbitrale internationale confrontée à un ordre juridique étatique (la France, par exemple) ou un ordre juridique intégré (UE ou CEDH). C'est le cas également d'une décision du Conseil de sécurité des Nations Unies exécutée au sein de l'Union européenne.

En dehors de ces hypothèses, le phénomène de circulation que nous avons pu observer dans la partie précédente ne traduit pas un état de contrainte suffisant pour justifier une référence à un droit hiérarchisé. Ainsi, l'application du droit à différents niveaux sans recourir à un vecteur institutionnel ou la propension d'un système juridique à se replier sur ses

propres constructions hiérarchiques, sans référence aucune aux constructions d'un autre ordre juridique, n'ont pas à être envisagées dans les développements menés plus avant.

B. LA DÉTERMINATION DU CONTENU ET DE LA NATURE DU DROIT HIÉRARCHISÉ

280. - La question du contenu et de la nature de ce que nous appelons ici « le droit hiérarchisé » est envisagée essentiellement par la doctrine de droit international privé dans des situations assez particulières. Ces situations ont en commun de mettre en scène un juge (étatique ou arbitral) chargé d'appliquer une loi étatique étrangère normalement applicable. Dans des hypothèses précises, la question se pose de savoir si la référence à une hiérarchie des normes appliquée dans le système juridique étranger est possible et quels en sont les termes. Ces hypothèses sont au nombre de trois.

281. - Selon une première hypothèse, la question peut se poser devant le juge étatique saisi de l'inconstitutionnalité de loi étrangère normalement applicable.

Situation - L'inconstitutionnalité de la loi étrangère normalement applicable

Réponse de principe et difficultés théoriques et pratiques

L'hypothèse d'une *lex causae* étrangère frappée d'inconstitutionnalité dans l'État dont elle émane appelle une réponse de principe, largement tempérée par des considérations pratiques. Quand un juge français, par exemple, applique une loi étrangère, la réponse de principe veut qu'il n'applique pas seulement la loi, entendue dans un sens étroit, impliquant la seule référence à un énoncé textuel (par exemple, un article d'un code civil étranger), mais le droit d'un système juridique étranger, c'est-à-dire l'ensemble des sources textuelles et jurisprudentielles, internes, internationales ou européennes, appliquées dans le pays étranger (sur une distinction entre ordre juridique et système juridique, voir: D. Sindres, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGD, 2008). Si un conflit survient entre ces sources, le juge doit normalement appliquer les solutions au conflit dégagées dans le pays étranger. Si ces dernières empruntent à des constructions de type « hiérarchie des normes », c'est la hiérarchie des normes étrangère qui sert de référence, en aucun cas la hiérarchie des normes française. Dans notre hypothèse de travail, si la loi étrangère est arguée d'inconstitutionnalité, c'est évidemment par référence au droit constitutionnel étranger que la question doit être considérée. Personne ne songerait, en pareille circonstance, à prétendre que la loi étrangère n'est pas valable car contraire à la Constitution française. Cette analyse ne fait que traduire la relativité de toute construc-

tion de type hiérarchie des normes, qui n'autorise, au mieux, qu'un contrôle de validité des normes ayant une place dans le système juridique considéré, en l'occurrence dans le système étranger (voir sur ce thème, la présentation proposée par D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, T. I (partie générale)*, PUF, 2^e éd., n° 455, avec les différentes références citées; comp. à propos de la réglementation administrative étrangère, l'analyse prospective proposée par O. Dubos, « Le territoire », in J.-B. Aubry (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, Dalloz 2010, spéc. p. 367 s.

Cette réponse de principe se heurte néanmoins à des difficultés théoriques et pratiques. D'un point de vue théorique, c'est la nature juridique du droit étranger et donc, indirectement, la nature juridique de la hiérarchie des normes qu'il renferme, qui est discutée. Longtemps assimilée à un simple fait, une loi étrangère ne saurait avoir la même force qu'une loi française. Aussi, la considération selon laquelle la loi étrangère est frappée d'inconstitutionnalité dans son pays d'origine, n'aurait pas plus de poids que n'importe quel fait de nature à influencer sur la décision du juge. Cet obstacle théorique a vieilli. Il ne rend pas compte des efforts déployés par les juristes, notamment en France (mais pas seulement), pour donner au droit étranger applicable un véritable statut juridique, si ce n'est égal à celui de la *lex fori*, du moins qui s'en rapprocherait (la Commission européenne travaille d'ailleurs actuellement à une proposition en ce sens dans les domaines convertis par les différents textes européens uniformisant le droit des conflits de lois).

Ce sont, en réalité, les considérations d'ordre pratique qui rendent difficile, aujourd'hui encore, l'examen par le juge saisi d'une question d'inconstitutionnalité de la loi étrangère applicable. L'office du juge français, quand il applique la loi étrangère, ne saurait être exactement équivalent à l'office du juge étranger quand il applique sa propre loi. La position « extérieure » du juge français quand il applique la loi étrangère fait qu'il n'est pas en mesure de mettre en œuvre l'ensemble des outils juridiques d'application existant dans le système juridique étranger. Les obstacles que le juge français peut rencontrer sont de deux ordres : un obstacle de légitimité, quelle que soit l'importance des moyens notamment d'information mis à sa disposition par l'institution ou les parties au litige, le juge français est toujours moins légitime que le juge étranger à appliquer le droit étranger, de sorte que son rôle ne peut être que plus effacé; un obstacle procédural, chaque fois que le juge français n'a pas accès à une procédure étrangère spécifique qui permet une application pleine et entière du droit étranger. C'est le cas dans l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité de la loi étrangère. Si une procédure de type renvoi préjudiciel devant le juge constitutionnel est aménagée à l'étranger, le juge français en sera exclu, sauf disposition contraire au droit étranger. Ainsi, par exemple, les juges étrangers, pas plus que les arbitres d'ailleurs, n'ont accès à la procédure française de QPC (préc.).

Aussi fragile soit-elle, cette situation où la loi étrangère est arguée d'inconstitutionnalité permet de jeter les bases de la distinction qui nous intéresse ici entre l'application d'une hiérarchie des normes et la référence à un droit hiérarchisé. Face aux difficultés que le juge français peut rencontrer dans la mise en œuvre d'une hiérarchie des normes étrangère, son rôle peut se cantonner à l'application d'un droit hiérarchisé étranger. Faute, pour lui, de pouvoir mobiliser l'ensemble des ressources, notamment procédurales, du système juridique étranger, le juge français va rechercher les manifestations, dans le système juridique étranger, d'un droit hiérarchisé, c'est-à-dire d'un droit appliqué par les acteurs, notamment institutionnels, étrangers. Ainsi, par exemple, le juge français peut avoir à connaître d'une décision d'un juge constitutionnel étranger, invalidant la loi étrangère normalement applicable. Cette décision est une manifestation de ce que nous appelons ici un « droit hiérarchisé ». Le juge français ne met pas directement en œuvre une hiérarchie des normes étrangère. Il se réfère à un droit hiérarchisé, tel qu'il a été appliqué dans le système juridique étranger et par un acteur habilité.

232. - Selon une deuxième hypothèse, la loi étrangère peut être arguée d'inconstitutionnalité devant le juge étatique français.

Situation - La loi étrangère arguée d'inconstitutionnalité devant un juge étatique

Réponse de principe et difficultés théoriques et pratiques

La réponse de principe développée pour l'inconstitutionnalité de la loi vaut pour celle de l'inconstitutionnalité. Par exemple, un juge français appliquant la loi de l'État de New York doit faire application du traité conclu entre les États-Unis et la Suisse, dès lors que la situation en cause entre dans son domaine d'applicabilité (sur cet exemple où le juge du fond français a considéré néanmoins que le traité en question ne concernait que les rapports entre « citoyens suisses et citoyens des États-Unis d'Amérique » et non les ressortissants français : Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1972, *Rougeron*, pourvoi n° 70-11.911). Cette référence au traité international « étranger » (dans cet arrêt, la Cour de cassation indique, sans détour, que le « traité, doit être considéré comme une loi étrangère ») implique que, dans l'hypothèse d'un conflit avec la loi étrangère *in*) implique que le système étranger qui livre les clés de résolution du conflit. La Constitution et/ou jurisprudence étrangères de dire, par exemple, si le traité international est supérieur à la loi interne, fit-elle postérieure (hypothèse bien connue en France, des arrêts *Jacques Vabre* et *Nicola*, préc.).

Cette réponse se heurte aux mêmes difficultés pratiques que celles évoquées à propos de l'inconstitutionnalité de la loi étrangère. Le juge français appliquant un traité international dans un contexte de droit étranger n'est pas dans la même position que s'il devait appliquer un traité inter-

national liant la France dans le contexte français. Comme pour l'application de la loi étrangère, son office est différent et le contrôle exercé par la Cour de cassation, par exemple, ne saurait être exactement équivalent à celui qui préside à l'application des textes français ou des textes internationaux liant la France.

Cette réponse a peu générale peut se heurter néanmoins à des difficultés supplémentaires. Il peut arriver, en effet, que la convention internationale ou européenne applicable en pays étranger soit également applicable en France. C'est même devenu une hypothèse tout à fait fréquente avec le développement du droit européen, chaque fois que la loi d'un autre État membre (UE - COE) est déclarée applicable. Dans cette situation, que doit faire le juge français si, par extraordinaire, le texte conventionnel international ou européen n'est pas mis en œuvre selon les mêmes modalités hiérarchiques à l'étranger et en France ?

Trois solutions radicalement différentes peuvent être envisagées. La première consiste à imposer au juge la figure du dédoublement fonctionnel développée par Georges Scelle pour décrire les rapports entre l'ordre international et le juge national (*Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Sirey (2 t.), 1932, spéc. vol. 2, p. 317 et s.) en la projetant sur l'hypothèse du rapport entre deux ordres juridiques nationaux : le juge français qui applique le texte international ou européen dans un contexte étranger tient compte des seules règles d'application hiérarchique prévues par le pays étranger. Cette solution s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence « Hocke » que nous avons déjà rencontrée (v. ss 39) : le conflit d'interprétations d'une convention internationale portant loi uniforme est ici traité comme un conflit de lois ordinaire. Une deuxième solution est de faire prévaloir les constructions françaises sur les constructions hiérarchiques étrangères. Cela revient à évincer, au moins partiellement (pour la part de la solution juridique qui dépend du texte international ou européen), la loi étrangère au profit de la loi française, pour un motif à déterminer (on songe, par exemple, à une exception d'ordre public française qui intégrerait un impératif d'ordre public de source conventionnelle, par exemple européenne (UE ou CEDH) ; sur le phénomène d'europanisation de l'ordre public international, Fasc. 534-1, n° 16 s.; Fasc. 534-2, spéc. n° 64 s.). Une troisième et dernière solution est de recourir, quand cela est possible, à une technique d'interprétation unifiée, soit que l'interprétation ait déjà été livrée par un interprète authentique, soit qu'elle puisse être sollicitée. On songe, dans le contexte européen, au renvoi à une jurisprudence de la CEDH (déjà rendue) ou de la CJUE (déjà rendue ou à rendre au terme d'une question préjudicielle).

Dans la première solution, le juge français qui doit trancher une question d'inconstitutionnalité de la loi étrangère applicable ne met pas en œuvre une hiérarchie des normes étrangère. Il se réfère à un droit hiérarchisé

étranger, c'est-à-dire à la manière dont cette hiérarchie des normes étrangère a été mise en œuvre à l'étranger par des acteurs, notamment institutionnels, plus habilités que lui à le faire. Cette recherche devient inutile chaque fois que le juge décide de privilégier une référence à ses propres constructions (exception d'ordre public) ou renvoie à une interprétation authentique, d'une juridiction internationale ou européenne.

203. - Une troisième hypothèse vise la position de l'arbitre international chargé d'appliquer un droit national et qui s'interroge sur l'impact exercé par la hiérarchie de normes telle qu'appliquée dans le contexte national en question.

Situation – L'arbitre international chargé d'appliquer un droit national et la hiérarchie des normes

Une distinction proposée entre les contrariétés de normes supérieures et inférieures constatées, constatables ou à constater

Un auteur (P. Mayer, « L'arbitrage international et la hiérarchie des normes », *Rev. arb.*, 2011, 361) a montré que l'arbitre international, quand il est conduit à appliquer un droit national, ne peut mobiliser de lui-même la hiérarchie des normes inscrite dans le système juridique national dont la loi est appliquée. Il doit s'appuyer sur l'application qui peut en être faite dans le système considéré. L'analyse est résumée en ces termes : « la mission de l'arbitre n'est pas de faire respecter la hiérarchie des normes en vigueur dans le pays dont la loi est applicable. Cette hiérarchie n'est pertinente pour lui que dans la mesure où elle influe sur le contenu des règles effectivement en vigueur » (p. 15, § 22 *in fine*).

Même si l'auteur justifie cette situation par des considérations propres à l'arbitrage international et une préférence marquée, dans ce contexte, pour des conceptions réalistes du conflit hiérarchique de normes sur des conceptions normativistes qui avaient été choisies comme point de départ à l'analyse (P. Mayer répondant, sur ce point, au travail de J. Paulsson, « *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals* », *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 23, n° 2, 2008, 215 ; on peut se demander s'il n'eût pas été plus simple de renoncer d'entrée de jeu à une approche formelle pour privilégier une approche matérielle), il nous semble particulièrement intéressant d'inscrire son analyse dans la démarche qui est la nôtre d'une application d'un droit hiérarchisé à différents niveaux.

Aussi retiendrons-nous volontiers les trois séries d'hypothèses dégagées dans cette étude (préc., p. 16 à 23) : 1° les « situations dans lesquelles la contrariété de la norme inférieure à la norme supérieure n'est pas de nature à entraîner l'inapplicabilité de la norme inférieure » (hypothèse

où la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure ne donne pas lieu, dans le pays concerné, à un contrôle *a posteriori*; cela a été le cas longtemps en France en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi avant que la procédure de question prioritaire de constitutionnalité ne soit introduite en 2009); 2° les « situations dans lesquelles la contrariété de la norme inférieure à la norme supérieure conduit normalement les juges du pays en cause à déclarer inapplicable la norme inférieure » (exemple hypothèse où la contrariété de la norme inférieure à la norme supérieure a déjà été constatée par une autorité, ne l'a pas encore été mais est patente, ne l'a pas été et n'est pas patente; dans ces différentes situations une grande attention est portée par l'auteur aux solutions d'ores et déjà constatées soit dans le système juridique national, soit dans le système qui l'intègre (UE ou CEDH)); 3° enfin, les « situations dans lesquelles la contrariété de la norme inférieure à la norme supérieure ne peut être constatée que par une autorité spéciale du pays en cause, qui ne s'est pas encore prononcée » (deux hypothèses selon que l'arbitre peut ou ne peut pas saisir par voie préjudicielle une autorité constitutionnelle seule habilitée à se prononcer). Et l'auteur de conclure que, selon les situations, selon les hypothèses, l'arbitre est plus ou moins enclin à se référer à un droit appliqué selon des modalités hiérarchiques définies dans un contexte national de la loi qu'il est chargé d'appliquer (voir en particulier, la systématisation proposée en conclusion).

La position de l'arbitre n'est pas totalement différente de celle d'un juge étatique extérieur au système juridique dont il doit appliquer les solutions. Sans doute que l'arbitre n'est pas soumis à un ordre hiérarchisé qui lui serait propre et que sa liberté d'agir n'en est que plus grande (P. Mayer, art. préc., § 7). Il n'est pas certain néanmoins que l'état de contrainte qui pèse sur l'arbitre qui aspire à mettre en œuvre un droit réellement appliqué dans un système juridique qui lui est étranger (ici le système national dont la loi est applicable), ne serait-ce que pour éviter que la sentence arbitrale ne soit invalidée par le juge étatique, soit radicalement différent de celui qui peut être observé dans d'autres contextes. Les scénarios envisagés dans le cadre de l'arbitrage international faisant application d'un droit étatique peuvent utilement alimenter, nous semble-t-il, une réflexion plus générale englobant les juridictions nationales, internationales et européennes chargées d'appliquer un droit défini à un autre niveau que le leur.

204. - Bien que ces trois situations ne la désignent pas comme telle, c'est bien l'existence d'un « droit hiérarchisé » qui est ici discutée. Le juriste, agissant au titre d'une justice étatique ou arbitrale internationale, se pose la question, au stade de la mise en œuvre du droit national déclaré applicable, de la référence possible, utile et, éventuellement nécessaire à un droit hiérarchisé, c'est-à-dire un droit appliqué au sens où nous avons commencé à l'entendre.

Il faut donc élargir la perspective et la considérer dans son ensemble quand une contrainte de circulation existe et qu'un juge international ou européen peut avoir à connaître d'un droit hiérarchisé. Cette perspective recouvre trois situations.

285. - La première situation est celle où la compatibilité d'un droit national est appréciée par un juge international ou européen.

Situation - Le droit national hiérarchisé devant un juge international ou européen

L'État plaideur du contenu de son droit national hiérarchisé

Qu'il s'agisse du conflit étatique élevé en conflit interétatique devant la CJ (hypothèse de l'affaire « Diallo », préc.), d'une plainte déposée contre un État devant l'ORD (hypothèse de l'affaire « États-Unis c. Chine », préc.), d'une requête devant la CJUE (*idem*), dans toutes ces situations l'État partie à la procédure peut être amené à devoir faire la preuve du contenu de son droit national. Dès lors que la question se pose, peu ou prou, en termes de compatibilité du droit national avec un droit international et européen applicable, le débat est souvent l'occasion d'une discussion sur la substance du droit national et, éventuellement (mais de plus en plus souvent), de la manière dont il a été, est ou sera appliqué.

Cette référence potentielle à un droit appliqué peut intégrer des considérations tirées de la manière dont la hiérarchie des normes a été, est ou sera mise en œuvre au niveau national. Le contenu de ce droit hiérarchisé appliqué est tributaire du droit positif national. Une discussion peut s'ouvrir sur leur signification et leur portée. Mais ce qui importe le plus, c'est la valeur qui va être donnée à ce droit national hiérarchisé à un niveau international ou européen.

Pour répondre à cette question, la tentation est forte de reléguer le droit national à l'état de fait (sur cette pratique de refoulement, voir les développements *supra* : v. ss 202). Sans être fautive, l'assertion est un peu courte, pour ne pas dire fruste. Elle ne rend pas compte du processus de concrétisation de ce fait. Or, si dans le contexte national, ce processus met en œuvre une construction de type « hiérarchie des normes », le juriste placé à un autre niveau, international ou européen, doit être capable de la considérer comme telle, c'est-à-dire de s'ouvrir à une discussion, un débat sur la manière dont le droit national est juridiquement fabriqué, structuré et appliqué.

Le résultat de cette investigation peut avoir des conséquences à un autre niveau. On prendra trois exemples où la référence à un droit national hiérarchisé a une portée au niveau international ou européen.

Le premier exemple est tiré de l'affaire « Diallo » (préc.). Le non-respect par l'État défendeur de ses procédures internes de décision, notamment la violation de la loi ou de la Constitution par le pouvoir exécutif, caracté-

terise l'existence dans l'ordre international, d'un fait illicite de nature à engager la responsabilité extraccontractuelle de l'État.

Le deuxième exemple concerne les procédures devant l'ORD. Dans un cas comme celui-ci, il y a potentiellement deux grandes manières de prendre le problème. Une première manière consiste à vérifier que le contenu de la loi nationale est conforme aux accords internationaux ratifiés par l'État en question (c'est le choix fait par les États-Unis dans l'affaire Chine - Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle, ORD, Rapport du groupe spécial, 26 janv. 2009, *États-Unis c. Chine*, WT/DS362, préc.). Mais un débat peut également porter sur la manière dont le droit de l'entité défenderesse a été (mal) mis en œuvre (c'est l'hypothèse de l'affaire ORD, Rapport du groupe spécial, 29 sept. 2006, *Argentine c. CE*, WT/DS293, voir ci-après). Cette seconde orientation du débat est importante. Elle permet d'identifier très précisément la nature du dysfonctionnement à l'origine de la violation des engagements internationaux et, par voie de conséquence, la nature des mesures susceptibles d'être prises par le défendeur pour y remédier. Or, ce dysfonctionnement peut résulter, au niveau national, du non-respect d'une hiérarchie interne des normes (non-respect par la loi d'un traité international ou non-respect par une administration d'une loi faisant application d'un traité international).

Un troisième exemple concerne les échanges entre les juridictions nationales et européennes (CJUE - CEDH). Un cas historique peut être donné en exemple avec la célèbre affaire « Solange » où la Cour constitutionnelle allemande a, dans les années 1970, fait évoluer la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur le terrain de la protection des droits fondamentaux. Refusant, dans un premier temps, de donner plein effet au droit européen au motif que les droits fondamentaux n'y étaient pas suffisamment garantis (Décision connue sous le nom de « Solange I », rendue par la Cour constitutionnelle allemande, 29 mars 1974, *BVerfGE* 37, 271); pour une traduction en français, voir *RTD eur.* 1975, 316), la Cour constitutionnelle allemande a suscité, par réaction, une jurisprudence abondante de la juridiction européenne, s'attachant à montrer la capacité du système juridique européen à intégrer les droits fondamentaux au plus haut niveau de ses constructions hiérarchiques. Cette séquence jurisprudentielle illustre un cas de prise en compte des constructions hiérarchiques appliquées au niveau national dans un contexte européen. Un auteur a d'ailleurs proposé que ce cas célèbre serve de méthode générale de résolution des conflits de procédures portées devant des juges appartenant à des niveaux différents (N. Lavranos, *Jurisdictional Competition - Selected Cases in International and European Law* : *Europa Law*, 2009, spéc. p. 72 s.).

286. - La deuxième situation est celle où la compatibilité d'un droit européen est examinée par un juge international.

**Situation – Le droit européen hiérarchisé
devant un juge national, international ou (par extension)
devant un autre juge européen**

L'Union européenne garante du contenu du droit européen hiérarchisé. Prenons trois exemples pour illustrer la manière dont le droit de l'UE peut se présenter comme un droit hiérarchisé devant un juge national, international ou même, par extension, devant un autre juge européen.

Devant le juge national, la question peut être posée, par exemple, de la validité d'un texte européen de droit dérivé par rapport aux traités institutifs européens, à la Charte des droits fondamentaux de l'UE, des principes généraux du droit européen ou encore des règles de droit international applicables au sein de l'Union européenne. Dans cette situation, le juge national n'est pas habilité à mobiliser de lui-même la hiérarchie des normes propres au système juridique européen. Il va donc s'efforcer de rechercher l'existence d'un droit hiérarchisé européen, c'est-à-dire l'existence, au sein de l'Union européenne, d'actes ou de décisions de nature à renseigner sur la manière dont la hiérarchie des normes y est appliquée. Il peut s'agir d'un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne considérant que l'acte de droit dérivé est ou n'est pas valable. On peut envisager également le cas d'un acte de droit dérivé tirant les conséquences d'une incompatibilité entre deux normes européennes (disposition d'abrogation). Si ce droit hiérarchisé ne s'est pas concrétisé, le juge national (à la différence de l'arbitre, d'une autorité administrative, n'assurant pas une fonction juridictionnelle ou d'un juge étatique étranger à l'UE) peut saisir, par voie préjudicielle, la CJUE d'une question relative à la validité du texte de droit dérivé (TFUE, art. 267). C'est un scénario que nous avons déjà rencontré. Voir à titre d'illustration, CJUE 21 déc. 2011, *ATAA*, aff. C-366/10, v. ss 230. Voir, également, sur l'articulation de cette procédure avec un contrôle de conventionnalité mené par le juge ordinaire français : CE 10 avr. 2008, *CNB*, req. n° 296345, v. ss 274). Dans un ordre d'idée comparable, on peut considérer que dans l'affaire « Solange » que nous avons précédemment évoquée (v. ss 285), l'attitude de la juridiction constitutionnelle dans sa deuxième décision du 22 octobre 1986 (« Solange II », *BVerfGE* 73, 339), par laquelle elle a estimé qu'elle n'avait pas à exercer un contrôle préalable à l'application du droit européen dérivé sur son territoire, aussi longtemps que l'Union européenne (les Communautés européennes), à l'époque, garantirait une protection efficace des droits fondamentaux, traduit une capacité du juge national à prendre en compte, pour ses propres solutions, l'application effective d'une construction hiérarchique de rang européen (ici la prévalence reconnue à la protection des droits fondamentaux sur le développement du droit dérivé).

Devant l'ORD, la position en défense de l'UE n'est pas différente de celle d'un État (voir nos explications *supra*, v. ss 285). Par exemple, dans l'affaire « Communautés européennes – Mesures affectant l'approba-

tion et la commercialisation des produits biotechnologiques » (ORD, Rapport du groupe spécial, 29 sept. 2006, Argentine c. CE, WT/DS293, préc.), les institutions communautaires de l'époque ont reconnu qu'un moratoire « de fait » avait été appliqué dans l'espace européen, en contradiction des règles européennes. Ce moratoire traduit une violation d'une hiérarchie de normes interne à l'espace européen. Au niveau international, devant l'ORD, cette violation constitue la cause juridique de la violation d'un engagement international (Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), notamment). Or, le caractère illicite de cette cause dans le contexte européen peut être utilement discuté dans l'enceinte internationale, ne serait-ce que pour, d'une part, caractériser « le fait » illicite international et, d'autre part, identifier les modes adaptés de cessation dudit fait.

Par extension, la situation de l'UE ne sera pas différente à l'avenir devant la CEDH (une fois l'adhésion de l'UE à la CESDHLF approuvée). Qu'elle soit ou non maintenue (voir sur ce point, notre analyse : v. ss 268), la jurisprudence « Bosphorus » (CEDH 30 juin 2005, req. 45036/98, préc.) met d'ores et déjà en scène une Union européenne qui s'emploie à faire la preuve, devant la CEDH, de ce qu'il existe un droit UE hiérarchisé qui offre des garanties suffisantes en termes de respect des droits fondamentaux.

Dans tous ces cas de figure, le droit de l'Union européenne se présente dans un autre contexte que le sien, sous le visage d'un droit potentiellement hiérarchisé, c'est-à-dire qui est capable de tirer toutes les conséquences d'une mise en œuvre de sa propre hiérarchie des normes. L'utilisation qui peut être faite de ce droit européen hiérarchisé peut varier fortement d'un contexte à l'autre. Mais dans tous les cas, c'est bien d'un droit européen appliqué dont il est question, droit dont les acteurs à un autre niveau, tirent des conséquences juridiques en s'appuyant sur leur propre système de solutions.

287. - Enfin, la toute dernière situation est celle où la comparabilité d'un droit international est appréciée par un juge national ou européen.

**Situation – Le droit international éventuellement hiérarchisé
devant un juge national et européen**

Le respect de l'ordre public réellement international ou du *jus cogens* devant une juridiction nationale ou européenne

Le droit international est, nous l'avons vu, un droit faiblement hiérarchisé. Il peut arriver néanmoins que des éléments de hiérarchisation du droit international soient parfois discutés à un autre niveau, national ou européen.

Pour le niveau national, l'hypothèse est celle où une sentence arbitrale internationale fait application d'un principe d'ordre public transnational

ou réellement international, cette application étant reçue dans un ordre juridique étatique au stade de la reconnaissance (*latu sensu*) de la sentence dans l'ordre interne. On a ainsi proposé l'exemple de plusieurs affaires célèbres mettant en scène une réception, dans l'ordre interne, transnational ou réellement international (M. Forteau, « L'ordre public transnational ou réellement international », *JD* 2011. 3, spéc. n° 65 qui cite notamment : « [...] la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *European Gas Turbines SA* en 1993 (Paris, 30 sept. 1993, *S^e European Gas Turbines SA*, *Rev. arb.* 1994. 359); la Cour d'appel de Paris en 1990 dans l'affaire « *SA Fougerolle c/ SA Procofrance* » (Paris, 25 mai 1990, n° 88-15683, n° 88-15687 et n° 8815678; *Rev. arb.* 1990. 892, qui visent l'ordre public international, « fit-il d'essence véritablement international et d'application universelle »); la Cour de cassation française dans l'affaire « *Etat d'Israël c/ NIOC* » (Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, pourvois n°s 01-13.742, 02-15.237, qui vise le droit à un juge en tant que norme relevant « de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH »). Cette opération peut être lue comme traduisant l'existence d'un ordre public réellement international de droit international public commun à tous les acteurs de la société internationale (c'est le sens de la démonstration proposée par M. Forteau). Mais on peut aussi l'analyser comme la réception, au niveau interne, d'une construction hiérarchique de droit international, construction qui est de nature à influencer sur l'examen de la compatibilité de la sentence arbitrale au regard de l'ordre public international du juge saisi. Ce dernier, par mimétisme, aligne son ordre public international sur celui qui a été ou aurait dû être appliqué par l'arbitre au niveau international.

Pour le niveau européen, il faut considérer à nouveau la première affaire « Kadi » dans la manière dont elle a été appréhendée par le Tribunal de l'Union européenne (TPI 21 sept. 2005, *Yusuf*, aff. T-306/01; rappelons que cet arrêt a été censuré par la Cour de justice, v. ss 40). Dans cette affaire, le Tribunal a cru pouvoir considérer notamment que « Force est [...] de considérer que les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent en principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fit-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire. Au contraire, le Tribunal est tenu, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer ce droit d'une manière qui soit compatible avec les obligations des États membres au titre de la charte des Nations unies. Le Tribunal est néanmoins habilité à contrôler, de manière incidente, la légalité des résolutions en cause du Conseil de sécurité au regard du *jus cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger » (arrêt, p^s 276 et 277). Cette analyse a été rapportée (CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakat*, aff. jtes C-402/05 et C-415/05, v. ss 342). Pour justifier cette censure, on peut livrer un élément

d'explication en termes de droit hiérarchisé. Si le Tribunal se contredit quand il affirme que les résolutions des Nations Unies ne peuvent être invalidées par lui mais que, dans un même temps, il se doit de vérifier « incidemment » que ces résolutions sont conformes à la norme la plus élevée dans l'ordre international (*jus cogens*), c'est qu'il confond deux raisonnements très différents. La première partie de la phrase fait référence à une hiérarchie formelle des normes qui commande qu'un juge européen ne peut invalider un texte de droit international (tout comme un juge européen ne peut invalider une norme de droit interne). La seconde partie de la phrase évoque l'existence d'un droit hiérarchisé qui, au moment où la décision était rendue, n'était tout simplement pas respecté. En effet, à l'époque de la première affaire « Kadi » nous savons qu'il n'existait, au sein des Nations Unies, aucun dispositif permettant concrètement aux personnes suspectées d'intelligence avec des mouvements terroristes de se défendre et, notamment, d'être entendues avant le prononcé d'une éventuelle sanction à leur encontre par le Conseil de sécurité. En censurant l'arrêt du Tribunal, la Cour de justice a sanctionné une absence d'application effective d'un droit hiérarchisé auquel la juridiction de premier degré avait cru pouvoir – à tort – se référer.

Cette affaire montre que la référence au niveau européen à une hiérarchie des normes de rang international n'est pertinente que si cette hiérarchie est effectivement mise en œuvre. Par où le droit hiérarchisé est synonyme de droit appliqué.