

Sorbonne Student Law Review
Revue juridique des étudiants de la Sorbonne

2019

Volume 2, n° 1

Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France
Sorbonnestudentlawreview.org
sslr@univ-paris1.fr

Licence Creative Commons 4.0 attribution
Sorbonne Student Law Review and various contributors – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne et les
différents contributeurs - 2019

Publié en ligne le 15 avril 2019.
Published online on the 15th of April 2019.

Editor-in Chief - Rédacteur en chef

Paul Heckler

Editors - Éditeurs

Camille Gendrot Victorien Salles

Reading Committee - Comité de lecture

Lisa Aerts
Jessica Balmes
Vincent Bassani
Virginie Kuoch

Giuliana Marino
Héctor Méndez Morales
Marianna Paschou
Guillaume Pinchard

Estelle Richevillain
Matthieu Ruquet

Secretary-General - Secrétaire général

Valentin Pinel le Dret

Secretariat – Secrétariat

Valentin Depenne

Adrien Fargère Lukas Kellermeier

Camille Rigaud

Advisory Board - Comité scientifique

Mathias Audit
Laurent Aynes
Ludovic Ayrault
Tristan Azzi
Ségolène Barbou des Place
Charlotte Beaucillon
Julie Benetti
Didier Boden
Pierre Bonin
Eleonora Bottini
Chahira Boutayeb
Sara Brimo
Pierre Brunet
Paul Cassia
Loic Cadiet
Emanuel Castellarin
Marie-Xavière Catto
David Chilstein
Thomas Clay
Christel Coton
Marie-Anne Cohendet
Philippe Delebecque
Joan Divol

Philippe Dupichot
Xavier Dupré de Boulois
Vivienne Forrest
Bénédicte Fauvarque-Cosson
Jenny Frinchaboy
Jérôme Gotié
Daniel Guttman
Jérémy Houssier
Emmanuel Jeuland
Andreas Kallergis
Yann Kerbrat
Evelyne Lagrange
Yves-Marie Laithier
Elise Le Gall
Grégoire Loiseau
Pascal Lokiec
François-Xavier Lucas
Jean Matringe
Anne-Catherine Muller
Christine Neau Leduc
Sophie Nicinski
Nobert Olszak
Etienne Pataut

Fabienne Peraldi-Leneuf
Anne Pimont
Ioannis Prezas
Lukas Rass-Masson
Bertrand Reau
Olivier Renaudie
Raphaële Rivier
Thierry Revet
Judith Rochfeld
Marilyne Sadowsky
Ruth Sefton-Green
Denys Simon
David Soldini
Jean-Marc Sorel
Philippe Stoffel-Munck
Fanny Tarlet
François-Guy Trébulle
Pascal de Vareilles-Sommières
Pierre-Yves Verkindt
Michel Verpeaux
Nicolas Warembourg

Strategical support - Soutien stratégique

Éléonore Claret Amélie Collin-Ruelle

Layout - Mise en page

Paul Heckler

TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

EDITORIAL LET'S (ALMOST) NOT TALK ABOUT BREXIT	1 - 4
ÉDITORIAL: NE PARLONS (PRESQUE) PAS DU BREXIT	5 - 9
<i>Paul Heckler</i>	
Visiting Professors at the Sorbonne Law School – Professeurs invités de l'École de droit de la Sorbonne	
DROITS FONDAMENTAUX ET « VALEURS » DANS LE PROCESSUS D'INTEGRATION EUROPEENNE	11 - 37
<i>Pr. Roberto Baratta (Universités de Macerata et Rome)</i>	
LE RÔLE DE L'INSTANCE PROVISoire DE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES PROJETS DE LOI EN PÉRIODE DE TRANSITION	39 - 75
<i>Pr. Leila Chikhaoui-Mahdaoui (Université de Carthage)</i>	
EL REGIMEN DE LA PROTECCION JURIDICA DEL TRABAJADOR ENFERMO EN ESPAÑA Y SU MEJORA POR EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA	77 - 96
<i>Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)</i>	
LE DROIT DE RECOURIR A LA FORCE (<i>JUS AD BELLUM</i>) EN AFRIQUE	97 - 109
<i>Mutoy Mubiala (UNHCR)</i>	
VERS UNE DERIVE AUTORITAIRE DU CONSTITUTIONNALISME JAPONAIS ?	111 - 143
<i>Pr. Hajime Yamamoto (Université de Keio), traduit par Valentin Pinel le Dret (École de droit de la Sorbonne) et Simon Serverin (Université de Keio)</i>	
Articles	
L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i> : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE CONFLICTUELLE ?	145 - 195
<i>Jessica Balmes (École de droit de la Sorbonne)</i>	
DU RAPPORT ENTRE LE DROIT ET LA VIOLENCE. De l'opposition à la construction réciproque : illustration par le droit international public	197 - 237
<i>Alexis Bouillo (École de droit de la Sorbonne)</i>	
ONE SIZE DOES NOT FIT ALL: A Comparative Approach to Antitrust Enforcement Against No-Poaching Agreements	239 - 270
<i>Valentin Depenne (Fordham University)</i>	
DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE	271 - 296
<i>Anna Nowak (Institut universitaire européen)</i>	

EDITORIAL: LET'S (ALMOST) NOT TALK ABOUT BREXIT

For the first issue of this second volume, the Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne has managed the unthinkable: to not devote any contribution to Brexit. The United Kingdom's exit from the European Union is the case of the century for lawyers in many respects: from family law to external relations, from private international law to the management of fisheries resources, there is no area of law that is left behind in this “divorce”, an unfortunate epithet given that the most complex marital dissolutions are, in comparison, incredibly simple. Yet, of this case of the century this issue (almost) does not speak. Omission or negligence of the Editorial Board? On the contrary, this conscious choice stems from a rather sad observation: almost three years after the results of the referendum on that question (to which my predecessor devoted a contribution in the previous issue of this review, which the title of this editorial echoes)¹ and despite daily political and media coverage, we know nothing about Brexit, not even if Brexit there will be! It is not for lack of interest on the part of lawyers: there are countless articles, special issues, seminars, or conferences trying to approach the subject and bring some clarity to it. But, as is often the case, the legal observer is dependent upon political risks and uncertainties, of which Brexit is a textbook case. It is indeed difficult to analyse a mechanism proposed on Monday, denounced on Tuesday, extended on Wednesday, approved by negotiators on Thursday, and rejected by the legislator on Friday (this is hardly an exaggeration) ... If it gives violent headaches to lawyers and even more so to the Sherpas who, from one week to another, have to negotiate everything and its opposite, this political failure is in many respects an opportunity for law: who would have imagined, a few years ago, that the names of the President of the Council of the European Union or of the Commission would be known to everyone and that the international press would quote Thomas Erskine May? Yet, of Brexit we know nothing, and so long as political actors are not able to present a clear position capable of lasting for more than six months, caution requests to not publish a contribution when we do not know the day before if it will still be relevant the next day.

The current issue is nevertheless very much part of the news. Beyond Brexit, and not to mention an American administration that has emptied of its meaning the expression “sky is the

¹ V. Pinel le Dret, “Let’s not talk about Brexit”, *Sorbonne Student Law Review*, 2018, vol. 1. n° 1, p. 162-167.

limit”, the legal field is undergoing important changes that affect its very structure at every level, starting with constitutional law. The second article of this issue focuses on the transitional judicial body set up in Tunisia to review the constitutionality of draft laws following the adoption of the new constitution in 2014. This unique institution – set up in a political context that hardly needs to be recalled and whose work is made all the more necessary since the institution it was supposed to replace, the Constitutional Court, is still not in operation – deserved to be presented. And who better to do this than a member of this very institution! This has now been done with the contribution of Professor Chikhaoui-Mahdaoui (University of Tunis and member of the provisional body in charge of reviewing the constitutionality of draft laws). While the establishment of this institution is a sign of strengthening constitutionalism in Tunisia, it is, on the contrary, an authoritarian drift of Japanese constitutionalism that is the focus of Professor Yamamoto (Keio University). His contribution in this issue is a French translation of a book chapter originally written in English, carried out by Valentin Pinel le Dret (Sorbonne Law School) and Simon Serverin (Keio University). This, in this day and age, is rather rare, English generally being a target language for translations. This article therefore deserves to be read both for its content and its form.

International law is also at the core of this issue and the contributions devoted to it are essentially conflict-oriented. In the physical sense of the term, Alexis Bouillo (Sorbonne Law School) undertakes a study of relationship between law and violence, a – literally – fundamental subject since the pacifying role of law is accepted as axiomatic by most lawyers. It is, however, a deconstruction of this “belief”, in his own words, that the author undertakes so as to offer another analysis of the relationship between the two notions. The contribution of Mutoy Mubyala (UNHCR) explores conflict in the military sense through the issue of the right to the use of force in Africa. The regional point of view adopted by the author is particularly instructive in a field whose study is often considered in its global dimension. The article, which stems from a lecture given by its author at the Sorbonne Law School in October 2018, analyses the subject both in its historical framework and in its practical application.

While these two presentations primarily focus on the rights and obligations of classic subjects of international law, namely States and international organisations, the status of private persons in this legal order should not be overlooked. The present issue addresses the subject from the perspective of European Union law. In his article, Professor Baratta (University of Macerata) goes searching for the foundations of a “community of rights and values” in the process of European integration and looks at the consequences of its existence. It is these same

consequences that interest Anna Nowak (European University Institute). Taking as an example the case of annulment proceedings in State aid matters, she explores the question of effective judicial protection within the European Union, in an analysis that combines the technicality of a particular aspect of European competition law with a more general analysis of the right to a remedy. It is also to competition law that Valentin Depenne (University of Fordham) dedicates his contribution, the only one in this issue written in English. He carries out a comparative analysis of the application of antitrust in the labour market, taking the United States and the European Union as the subjects of his study.

Competition law, with which these two presentations deal, invariably refers to consumers, who are often placed in situations of imbalance vis-à-vis their contracting partners. This problem, which affects both competition law and consumer law, is not limited to this and also applies, for example, to employees vis-à-vis their employers. This imbalance between the weaker parties and their contracting parties is accentuated in international labour and consumer contracts and it is in particular with a view to protecting these weaker parties that their will in determining the applicable law is generally excluded in this type of contract. However, it is not impossible to imagine an autonomy of will that would protect these weaker parties. It is to this question of autonomy *in favorem* that Jessica Balmes (Sorbonne Law School) devotes a contribution whose complexity and interest deserved to, just once, (slightly) exceed the authorised page limit!

The contribution of Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (University of Seville), who focuses on the particular case of the protection of sick workers under European Union law, is also devoted to the theme of protecting the weaker parties. The subject is obviously essential in terms of content, but it is above all for its form that this article stands out in our review, as it is published in Spanish! While we do not intend to reverse the conceptually bilingual nature of this Review, the occasional publication of articles in other languages, which reflects the will of the Sorbonne Law School, reaffirms our multilingual approach to law and very much highlights the European nature of this review.

It should be noted, in this regard, that this issue contains for the most part contributions in French. This is not voluntary, but we bear it quite well since it compensates for an inverse disproportion in the previous issue and allows the Review to ensure, on all its publications, an almost perfect equivalence between the two languages; the bet of bilingualism is, for the moment, a successful one. We would like to once again stress that this linguistic choice is not a resignation to the much-evoked decline of the French language, but on the contrary an attempt

to remedy it on our modest scale by offering lawyers who do not master French – there are many of them – an entry point into the world of French-language research. The strategy has its flaws, but it at least has the merit of the action. Moreover, the promotion of more or less correct English in France is no less necessary, as its use is revealing of the limits of its mastery. In promoting these two languages, the Review does not presume the primacy of one over the other, but rather manifests the need for them – and for so many others – to coexist harmoniously. The occasional integration of third languages must be interpreted in this way.

This second issue of the Sorbonne Student Law Review is not the work of a single person. It is only possible through the work of a dedicated team that grows with each issue. While the first volume was based on a relatively small group of seven people, no fewer than eighteen contributed to this publication. The reader will forgive us for thanking them by name, hoping that the expansion in the number of collaborators will make this list impossible in the future. I would therefore like to thank, for their dedication and for the quality of their work, Lisa Aerts, Jessica Balmes, Vincent Bassani, Valentin Depenne, Adrien Fargère, Camille Gendrot, Lukas Kellermeier, Virginie Kuoch, Giuliana Marino, Hector Mendez, Mariana Paschou, Guillaume Pinchard, Valentin Pinel le Dret, Estelle Richevillain, Camille Rigaud, Matthieu Ruquet, and Victorien Salles.

This review is also based on the support, advice, and assistance of a scientific committee, all of whose members I would like to thank. Allow me to thank some of them by name: Professors Brunet, Renaudie, and Associate Professor Gren for their participation in the last conference of the Review, whose proceedings will be published in the next issue alongside the contributions of Brice Laniyan and Adeline Paradeise; Professor Fabre-Magnan for the advice she provided us following the publication of the first issue, which contributed to the evolution of the Review's editorial line; and Mr. Professor Jeuland and all the members and speakers of the e-doctrine seminar, whose work has inspired many developments in recent months.

This review is part of the Sorbonne Law School, for which I would like to thank in particular the Director, Professor Trébulle, and his services, and in particular Éléonore Claret and Amélie Colin-Ruelle for their unfailing support. I also thank the Sorbonne Doctoral School of Law and its director, Professor Pataut, for their support of what is, in essence, a doctoral project.

Paul Heckler
Editor-in-Chief

NE PARLONS (PRESQUE) PAS DU BREXIT

Pour le premier numéro de ce second volume, la Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne a fait l’impensable : ne pas consacrer la moindre contribution au Brexit. La sortie du Royaume-Uni de l’Union européenne est pourtant, à bien des égards, l’affaire du siècle pour les juristes : du droit de la famille aux relations extérieures, du droit international privé à la gestion des ressources halieutiques, il n’est aucun domaine du droit qui soit laissé pour compte dans ce « divorce », qualification malheureuse tant les dissolutions maritales les plus complexes sont, en comparaison, d’une effarante simplicité. Pourtant, de cette affaire du siècle, ce numéro ne parle (presque) pas. Oubli ou légèreté du comité éditorial ? Bien au contraire, ce choix, assumé, découle d’un triste constat : près de trois ans après le résultat du référendum sur la question (auquel notre prédécesseur avait consacré une contribution dans le précédent numéro de cette revue et dont le titre de cet éditorial est l’écho)¹ et en dépit d’un traitement politico-médiatique quotidien, on ignore tout du Brexit, y compris si Brexit il y aura ! Ce n’est pas faute, pour les juristes, de ne pas s’intéresser au sujet : on ne compte plus les articles, numéros spéciaux, séminaires ou conférences tentant d’approcher le sujet et d’y apporter un peu de clarté. Mais, comme souvent, le juriste est tributaire des aléas et incertitudes politiques, dont le Brexit constitue un cas d’école. Difficile, en effet, d’analyser un mécanisme proposé le lundi, dénoncé le mardi, étendu le mercredi, validé par les négociateurs le jeudi pour être rejeté par le législateur le vendredi (on exagère à peine)... Si elle donne de violentes migraines aux juristes et plus encore aux sherpas qui, d’une semaine à l’autre, doivent négocier tout et son contraire, cette déliquescence politique est à bien des égards une opportunité pour le droit : qui aurait, il y a encore quelques années, imaginé que les noms du président du Conseil de l’Union européenne ou de la Commission seraient connus de tous et que la presse internationale citerait Thomas Erskine May ? Reste que, du Brexit on ne sait rien, et qu’à défaut pour les acteurs politiques de présenter une position univoque capable de survivre plus de six mois, la prudence commande de ne pas publier une contribution dont on ignore la veille si elle sera encore pertinente le lendemain.

Le présent numéro n’en est pas moins ancré dans l’actualité. Au-delà du Brexit, et sans même parler d’une administration américaine qui vide de son sens l’expression *sky is the limit*,

¹ Voy. V. Pinel le Dret, « Let’s not talk about Brexit », *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, 2018, vol. 1, n° 1, p. 162 - 167.

la matière juridique connaît d'importantes évolutions qui affectent la structure du droit à tous ses niveaux, à commencer par le droit constitutionnel. La deuxième présentation s'intéresse ainsi à l'instance juridictionnelle transitoire mise en place en Tunisie pour contrôler la constitutionnalité des projets de loi suite à l'adoption de la nouvelle constitution en 2014. Cette institution singulière, mise en place dans un contexte politique qu'il est à peine besoin de rappeler et dont la fonction est rendue d'autant plus nécessaire que l'institution qu'elle devait suppléer, la Cour constitutionnelle, n'est toujours pas en activité, méritait d'être présentée. Et qui plus à même de le faire qu'un membre de cette institution ! C'est chose faite avec la contribution de la Professeure Chikhaoui-Mahdaoui (Université de Tunis et membre de l'instance provisoire chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi). Si l'établissement de cette institution est une marque du renforcement du constitutionnalisme tunisien, c'est à l'inverse à une dérive autoritaire du constitutionnalisme japonais que s'intéresse le Professeur Yamatomo (Université de Keio). Sa contribution dans ce numéro est une traduction en français d'un article initialement publié en anglais, ce qui est aujourd'hui plutôt rare alors que l'anglais est généralement une langue de destination pour les traductions. Cet article mérite donc d'être lu à la fois pour son fond et pour sa forme.

Le droit international occupe également une place importante dans ce numéro et les contributions qui y sont consacrées sont essentiellement placées sous le signe des conflits. Au sens physique du terme, d'abord, Alexis Bouillo (École de droit de la Sorbonne) s'interroge sur le rapport entre le droit et la violence, sujet fondamental au sens propre puisque le rôle pacificateur du droit est admis comme axiome par la plupart des juristes. C'est pourtant bien à une déconstruction de cette « croyance », selon ses propres mots, que l'auteur procède au profit d'une autre analyse du rapport entre les deux notions. Conflit au sens militaire du terme, ensuite, grâce à la contribution de Mutoy Mubyala (UNHCR), qui explore la question du droit de recourir à la force en Afrique. Le prisme régional adopté par l'auteur est particulièrement instructif dans un domaine dont l'étude est souvent envisagée dans sa dimension globale. L'article, issu d'une conférence donnée par son auteur à l'École de droit de la Sorbonne en octobre 2018, analyse le sujet à la fois dans un cadre historique et dans son application pratique.

Si ces deux présentations s'intéressent essentiellement aux droits et obligations des sujets classiques du droit international que sont les États et les organisations internationales, le statut des personnes privées dans cet ordre ne doit pas être négligé. Ce numéro aborde le sujet sous l'angle du droit de l'Union européenne. Le professeur Baratta (Université de Macerata) part, dans son article, à la recherche des fondements d'une « communauté de droits et de

valeurs » dans le processus d'intégration européenne et s'intéresse aux conséquences de son existence. C'est à ces mêmes conséquences qu'Anna Nowak (Institut universitaire européen) s'intéresse. Prenant en exemple le cas du recours en annulation en matière d'aides d'État, elle explore la question de la protection juridictionnelle effective au sein de l'Union européenne, dans une analyse qui allie la technicité d'un aspect particulier du droit européen de la concurrence à l'analyse plus globale du droit au recours. C'est également au droit de la concurrence que Valentin Depenne (Université de Fordham) consacre sa contribution, la seule de ce numéro qui soit rédigée en anglais. Il y propose une analyse comparative de l'application du droit de la concurrence (*antitrust*) dans le marché du travail et plus particulièrement aux accords de non-concurrence, en prenant comme sujets de l'étude les États-Unis et l'Union européenne.

Le droit de la concurrence, que ces deux présentations abordent, renvoie invariablement au consommateur, qui est souvent placé dans une situation de déséquilibre vis-à-vis de son cocontractant. Ce problème, qui irrigue à la fois le droit de la concurrence et le droit de la consommation, n'est pas limité au consommateur et vaut également, par exemple, pour l'employé vis-à-vis de son employeur. Ce déséquilibre entre les parties faibles et leurs cocontractants est accentué dans les contrats internationaux de travail et de consommation et c'est notamment dans le but de protéger ces parties faibles que l'autonomie de la volonté en matière de détermination de la loi applicable est généralement écartée dans ce type de contrat. Il n'est cependant pas impossible d'envisager une autonomie de la volonté qui soit protectrice de la partie faible. C'est à cette question de l'autonomie *in favorem* que Jessica Balmes (École de droit de la Sorbonne) consacre une contribution dont la complexité et l'intérêt méritaient qu'on la laisse, exceptionnellement, dépasser (un peu) la limite de pages autorisée !

C'est également au thème de la protection des parties faibles qu'est consacrée la contribution de Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Université de Séville), qui s'intéresse au cas particulier des protections des travailleurs malades en droit de l'Union européenne. Le sujet est évidemment essentiel sur le fond, mais c'est surtout sur la forme que cet article s'illustre au sein de notre revue puisqu'il est publié en espagnol ! Si la revue n'a pas vocation à revenir sur son caractère conceptuellement bilingue, la publication ponctuelle d'articles dans d'autres langues, qui consacre une volonté de l'École de droit de la Sorbonne, permet de réaffirmer une vision multilingue du droit et d'inscrire la revue dans un modèle européen.

On notera, à ce sujet, que le présent numéro contient, pour l'essentiel, des contributions en français. La chose n'est pas volontaire, mais on s'en accommode assez bien puisqu'elle

compense une disproportion inverse du numéro précédent et permet à la revue d'assurer, sur l'ensemble de ses publications, une équivalence quasi-parfaite entre les deux langues ; le pari du bilinguisme est donc, pour le moment, réussi. On rappelle, à ce propos, que ce choix linguistique n'est pas une résignation face au déclin tant évoqué de la langue française, mais bien au contraire une tentative d'y remédier à notre modeste échelle en offrant aux juristes qui ne maîtrisent pas le français – ils sont nombreux – une porte d'entrée dans le monde de la recherche francophone. La stratégie a ses défauts, mais elle a au moins le mérite de l'action. Au surplus, la promotion d'un anglais à peu près correct en France n'est pas moins nécessaire, tant son utilisation est révélatrice des limites de sa maîtrise. En promouvant ces deux langues, la revue ne présume pas la primauté de l'une sur l'autre, mais manifeste au contraire la nécessité pour elles – et pour tant d'autres – de cohabiter harmonieusement. L'intégration ponctuelle de langues tierces doit s'interpréter dans ce sens.

Ce deuxième numéro de la Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne n'est pas le fait d'un seul. Il n'est rendu possible que par le travail d'une équipe dévouée qui s'élargit à chaque numéro. Alors que le premier volume s'appuyait sur un groupe relativement restreint de sept personnes, ils ne sont pas moins de dix-huit à avoir contribué à la présente publication. Le lecteur nous pardonnera de les remercier nommément, en espérant que l'expansion du nombre de collaborateurs rende cette énumération impossible à l'avenir. Je remercie donc, pour le sérieux et la qualité de leur travail, MMe Lisa Aerts, Jessica Balmes, MM. Vincent Bassani, Valentin Depenne, Adrien Fargère, Mme Camille Gendrot, M. Lukas Kellermeier, MMe Virginie Kuoch, Giuliana Marino, M. Hector Mendez, Mme Mariana Paschou, MM. Guillaume Pinchard, Valentin Pinel le Dret, MMe Estelle Richevillain, Camille Rigaud, MM. Matthieu Ruquet et Victorien Salles.

Cette revue s'appuie également sur le soutien, les conseils et l'assistance d'un comité scientifique dont je tiens à remercier l'ensemble des membres. Qu'il me soit permis l'impolitesse d'en remercier certains d'entre eux nommément : MM. les Professeurs Brunet, Renaudie et Mme Gren pour leur participation à la dernière conférence de la revue, dont les actes seront publiés dans le prochain numéro aux côtés des contributions de Brice Laniyan et Adeline Paradeise, Mme le Professeur Fabre-Magnan pour les nombreux conseils qu'elle nous a prodigués à la suite de la publication du premier numéro et qui ont contribué à l'évolution de la ligne éditoriale de la revue, et M. le Professeur Jeuland ainsi que l'ensemble des membres et intervenants du séminaire *e*-doctrine, dont les travaux ont inspiré de nombreuses évolutions au cours des derniers mois.

Cette revue s’inscrit dans le cadre de l’École de droit de la Sorbonne, dont je remercie en particulier le directeur, M. le Professeur Trébulle, ainsi que ses services, et notamment MME Éléonore Claret et Amélie Colin-Ruelle pour leur soutien infailible. Je remercie également l’École doctorale de droit de la Sorbonne et son directeur, M. le Professeur Pataut, pour leur soutien à ce qui constitue, par essence, un projet doctorant.

Paul Heckler
Rédacteur en chef

DROITS FONDAMENTAUX ET « VALEURS » DANS LE PROCESSUS D'INTEGRATION EUROPEENNE

Roberto Baratta*

Table des matières

ABOUT ROBERTO BARATTA	14
À PROPOS DE ROBERTO BARATA.....	15
INTRODUCTION	16
1. L'IMPORTANCE DES DROITS FONDAMENTAUX ET DES VALEURS.....	18
2. DROITS FONDAMENTAUX ET VALEURS TELS QUE «<i>GROUND RULES</i>» D'UN PACTE CONSTITUTIF ENTRE LES PEUPLES D'EUROPE	20
3. LA DIFFERENCE ENTRE DROITS FONDAMENTAUX ET VALEURS.....	22
4. LE ROLE CLÉ DE LA « DOCTRINE DES VALEURS » DANS LE PROCESSUS D'INTÉGRATION EUROPÉENNE	23
4.1. LES VALEURS IMPOSENT DES OBLIGATIONS ERGA OMNES PARTES.....	23
4.2. LES VALEURS CONSTITUENT UN PATRIMOINE JURIDIQUE INTANGIBLE DES INDIVIDUS	24
4.3. LA RESPONSABILITE DE GARANTIR UN NIVEAU MINIMAL D'HOMOGENÉITÉ CONSTITUTIONNELLE.....	25
4.4. LA DOCTRINE DES VALEURS S'APPLIQUE AUSSI AUX MATIERES RELEVANT DE LA COMPÉTENCE INTERNE DE L'ÉTAT	26
4.5. L'IMPORTANCE DE LA DOCTRINE DES VALEURS PAR RAPPORT A LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS	28
4.6. LES VALEURS EN TANT QUE DES « PRINCIPES DE STRUCTURE » DE L'ORDRE JURIDIQUE	31
5. MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITÉ EN CAS DE VIOLATION DES DROITS ET DES VALEURS	31
5.1. LES INSTRUMENTS DE PUBLIC ENFORCEMENT.....	32
5.1.1. <i>La « Rule of Law Framework » et la procédure prévue par l'article 7 TUE.....</i>	<i>32</i>
5.1.2. <i>La procédure d'infraction selon les articles 258 et 259 TFUE</i>	<i>34</i>
5.2. LE RECOURS PREJUDICIEL	36
CONCLUSIONS.....	37

* Roberto Baratta est professeur de droit international et de droit de l'Union européenne aux universités de Macerata et de Rome.

Abstract

Throughout its multiple reforms, the Union was founded on a structure that is incomparable to those of traditional international organisations, in that it is of a supranational nature, it is included in a project involving a reorganisation of national sovereignty and, finally, it is qualified by the adoption of uniform substantive legal standards, often able to address nationals directly. These elements led the doctrine of the 1970s to conceptualize the idea of integration in the sense of a Community of peoples and States, which, even though it is still incomplete in several respects, has gradually been enriched by a core set of fundamental rights. Moreover, the process has discreetly acquired a "common system of values" which plays a key role in the very recent case law of the Court of Justice. I will try to propose to you a structural look at the European treaties to see if they contain, at least, the foundations of a "community of rights and values", and no longer simply supranational institutions with the competence to establish a uniform law; it is, in my opinion, a set of rights and values that can shape the spirit of European society so that it can ultimately progress towards a more homogeneous community of peoples. But I will not conduct a political analysis. That would not be the job of a lawyer. The perspective I propose to you is exclusively legal and aims to show certain cardinal points of the Union's legal system as it has evolved following the Lisbon reform and the case law of the Court of Justice.

Résumé

Au fil d'une multitude de réformes, l'Union s'est fondée sur une structure qui est incomparable à celles des organisations internationales classiques, en ce sens qu'elle possède une nature supranationale, elle est englobée dans un projet impliquant un réaménagement des souverainetés nationales, et, finalement, elle est qualifiée par l'adoption de normes juridiques matérielles uniformes, souvent capables de s'adresser directement aux ressortissants. Ces éléments ont conduit la doctrine des années soixante-dix à conceptualiser l'idée d'intégration dans le sens d'une Communauté des peuples et d'États. Même étant à plusieurs égards encore incomplète, cette idée d'unification des peuples s'est progressivement enrichie d'un noyau de droits fondamentaux. De plus le processus a discrètement acquis un « système commun des valeurs » qui vient assumer un rôle primordial dans la jurisprudence très récente de la Cour de justice. J'essaierai de vous proposer un regard structurel sur les traités européens, pour vérifier s'ils contiennent, du moins, les fondements d'une « communauté de droits et des

valeurs », et non plus simplement d'institutions supranationales ayant la compétence d'établir un droit uniforme ; il s'agit, à mon sens, d'un ensemble de droits et valeurs susceptible de façonner l'esprit de la société européenne afin qu'elle puisse progresser, à terme, vers une communauté plus homogène de peuples. Mais je ne plongerai pas mon regard dans une analyse politique. Ce ne serait pas le métier d'un juriste. La perspective que je vous propose est exclusivement juridique et vise à montrer certains points cardinaux du système juridique de l'Union tel qu'il a évolué à la suite de la réforme de Lisbonne et de la jurisprudence de la Cour de justice.

ABOUT ROBERTO BARATTA

Roberto Baratta is a Professor of International and European Union Law at the Universities of Macerata (since 2014) and Rome (Luiss, Guido Carli) since 2016. A lawyer since 1986 and a member of the Rome Bar, he was the Legal Adviser of the Italian Permanent Representation to the Council of the European Union from 2006 to 2014, and then Legal Adviser to the Italian Minister of Finance (2014-2016). Visiting Professor at numerous universities (Cambridge, 1986; Heidelberg, 1990-1992 or The Hague, 2010), he was also legal adviser to the Italian Government in a dispute against Cuba before an arbitral tribunal in Paris, and *ad hoc judge* appointed on 5 occasions by the Italian Government to the European Court of Human Rights. In other words, Roberto Baratta's very rich career is that of both an academic and a practitioner, a man of writing and a man of action. Amongst his many publications are two recent works: *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna* (a cura di E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci), Giappichelli, 2016, and *Lezioni di diritto dell'Unione europea*, Rome, Luiss University Press, 2018.

During his time in Paris, as a Visiting Professor at the Law School, Roberto Baratta led a seminar, attended by students of the M2 Human Rights and Union Law, on "The autonomy of the Union's legal system in relation to international law". On 4 December 2018, he also gave a lecture at the Sorbonne on "Fundamental rights and 'values' in the process of European integration". It is this presentation that forms the basis of this article that the Sorbonne Student Law Review is honoured to be able to publish. The theme it develops is at the heart of the author's concerns, both in its theoretical and practical dimensions, and there is no doubt that the readers of this Review should draw valuable lessons both for their training and for their research.

Isabelle Pingel
Professor at the Sorbonne Law School

À PROPOS DE ROBERTO BARATA

Roberto Baratta est professeur de droit international et de droit de l'Union européenne aux universités de Macerata (depuis 2014) et de Rome (Luiss, Guido Carli), depuis 2016. Avocat depuis 1986, inscrit au barreau de Rome, il fut le Conseiller juridique de la Représentation permanente italienne auprès du Conseil de l'Union européenne de 2006 à 2014, puis Conseil juridique du Ministre italien des Finances (2014-2016). Professeur invité de nombreuses universités (Cambridge, 1986 ; Heidelberg, 1990-1992 ou encore La Haye, 2010), il fut également Conseil juridique du gouvernement italien dans un litige contre Cuba, devant un tribunal arbitral siégeant à Paris, ou encore juge ad hoc, nommé à 5 reprises par le gouvernement italien, à la Cour européenne des droits de l'homme. C'est dire que la très riche carrière de Roberto Baratta est à la fois celle d'un universitaire et d'un praticien, d'un homme d'écriture et d'un homme d'action. On citera, parmi ses nombreuses publications, deux ouvrages parus récemment : *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna* (a cura di E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci), Giappichelli, 2016 et *Lezioni di diritto dell'Unione europea*, Rome, Luiss University Press, 2018.

Lors de son passage à Paris, comme professeur invité de la Faculté de droit, Roberto Baratta a animé un séminaire, auxquels ont participé les étudiants du M2 Droits de l'Homme et droit de l'Union sur « L'autonomie du système juridique de l'Union par rapport au droit international ». Il a également prononcé en Sorbonne, le 4 décembre 2018, une conférence sur « Droits fondamentaux et 'valeurs' dans le processus d'intégration européenne ». C'est cette présentation qui constitue la base du présent article que la Revue juridique des étudiants de la Sorbonne est honorée de pouvoir publier. Le thème qu'elle développe est au centre des préoccupations de l'auteur, à la fois dans ses dimensions théoriques et pratiques, et nul doute que les lecteurs de cette Revue devraient en tirer de précieux enseignements tant pour leur formation que pour leurs recherches.

Isabelle Pingel
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

INTRODUCTION

En disant « intégration européenne », j'envisage un idéal qui n'est pas né dans les années 1950 avec les traités fondateurs des anciennes Communautés européennes. En effet, selon une intéressante thèse historiographique, cette idée remonterait au siècle des Lumières. Ensuite, pendant le XVIIIe siècle, le cosmopolitisme européen aurait pris pleinement conscience de l'« idée d'Europe » qui, effectivement, est bien présente dans la pensée de Montesquieu, Machiavel et Voltaire. Cette idée, en soi élitiste, se manifeste, avant tout, comme unité culturelle et morale, tout à fait spécifique à l'Europe. Elle se distingue également comme unité politique particulière, fondée, pour l'essentiel, sur le partage de principes politiques et de droit public, et notamment sur l'idéal de liberté, inconnu à l'époque dans d'autres parties du globe¹.

Au XX^e siècle, la construction européenne a été caractérisée par le concept d'« intégration » à la fois des entités étatiques et des peuples, conformément à l'idée originale des pères fondateurs des Communautés européennes. Le droit primaire s'inspire de cet objectif qui figure dans le préambule du traité de l'Union. Celui-ci vise à ce que les États membres soient résolus « à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » bien que dans un contexte international, la notion d'intégration ait acquis des contours tout à fait particuliers visant à réaliser un phénomène d'osmose entre États et peuples dans un cadre juridique d'« interpénétration »². Il ne s'agit plus d'un traité international ordinaire visant *sic et simpliciter* des relations interétatiques. C'est plutôt un nouvel ordre juridique qui, grâce à la valorisation de certains caractères originaires des traités communautaires faite par la Cour de justice, a mis au centre, dans une logique kantienne, les individus, les acteurs économiques, ainsi que les États dans une vision dynamique et unitaire.

Au fil d'une multitude de réformes, l'Union s'est fondée sur une structure qui est incomparable à celles des organisations internationales classiques, en ce sens qu'elle i) possède une nature supranationale, ii) est englobée dans un projet impliquant un réaménagement des souverainetés nationales³, et iii) finalement, est qualifiée par l'adoption de normes juridiques

¹ F. Chabod, *Storia dell'idea di Europa*, Bari, Laterza, 1964, spéc. p. 119-120, 161 et s.

² P. Pescatore, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005 (réimpression de l'ouvrage publié chez A.W. Sijthoff-Leiden en 1972), *passim*, notamment p. 58 s.

³ *Ibid* cit., p. 31 s. ; F. Capotorti, « Supranational Organizations », in *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam North Holland, 1983, Instalment V, p. 262 s. À propos de la souveraineté étatique on a dit qu'elle « ne représente qu'un type historique et temporaire d'autorité politique, relatif à une période » : C. Delsol, *La grande méprise. Justice internationale, gouvernement mondial, guerre juste...*, La Table Ronde, Paris, 2004, p. 34.

matérielles uniformes⁴, souvent capables de s'adresser directement aux ressortissants. Ceux-ci sont des éléments qui ont conduit la doctrine des années 1970 à conceptualiser l'idée d'intégration en ce sens d'une *Communauté des peuples et d'États*⁵. Même étant à plusieurs égards encore incomplète, cette idée d'unification des peuples s'est progressivement enrichie d'un noyau de droits fondamentaux. De plus, le processus a discrètement acquis un « système commun des valeurs » qui vient assumer un rôle primordial dans la jurisprudence très récente de la Cour de justice.

J'essaierai de vous proposer un regard structurel sur les traités européens, pour vérifier s'ils contiennent, du moins, les fondements d'une « communauté de droits et des valeurs », et non plus simplement d'institutions supranationales ayant la compétence d'établir un droit uniforme. Il s'agit, à mon sens, d'un ensemble de droits et valeurs susceptible de façonner l'esprit de la société européenne afin qu'elle puisse progresser, à terme, vers une communauté plus homogène des peuples. On est tous conscient du fait que n'importe quelle perspective visant à renforcer l'idée d'un esprit européen commun entre en collision avec certaines idéologies politiques qui s'opposent ; et cela notamment dans un moment historique marqué par la crise économique, ainsi que de politiques d'austérité où les nationalismes gagnent du terrain. Il ne faut pas sous-estimer les risques de ces dérives qui pourraient aussi mener jusqu'à la dissolution du projet européen. Mais je ne plongerai pas mon regard dans une analyse politique. Ce ne serait pas le métier d'un juriste. La perspective que je vous propose est exclusivement juridique et vise à montrer certains points cardinaux du système juridique de l'Union tel qu'il a évolué à la suite de la réforme de Lisbonne et de la jurisprudence de la Cour de justice.

À cette fin, j'essaierai de mettre l'accent sur l'importance des droits fondamentaux et des valeurs dans le système juridique de l'Union (Section 1), surtout qu'ils peuvent être conçus en tant que piliers normatifs d'un pacte constitutif entre les peuples d'Europe (Section 2). Sur le plan structurel, il faudra aussi noter les différences juridiques entre les droits fondamentaux et les valeurs, notamment en ce qui concerne leur respectif champ d'application (Section 3). Dans ce cadre juridique, la doctrine des valeurs pourrait avoir un rôle clé dans l'idéal de construction européenne, compte tenu de la jurisprudence récente de la Cour de justice

⁴ P. Pescatore, 2005, *op. cit.*, p. 65 s. ; J. Weiler, « The Community System: The Dual Character of Supranationalism », in *Yearbook of European Law*, 1981, p. 267-306.

⁵ L'unification politique n'est pas un objectif consacré par des engagements formels. Pourtant, « on ne peut pas faire abstraction d'une telle évolution dans le domaine des virtualités » (P. Pescatore, 2005, *op. cit.*, cit., p. 29) car, comme l'auteur le notait, l'unité politique de l'Europe occidentale avait été confirmée pendant la conférence de La Haye en 1969 (*ibid.*, p. 28).

(Section 4). Je toucherai, pour terminer, à l'un des points les plus sensibles du système, c'est-à-dire l'efficacité du respect des droits et des valeurs (Section 5), avant d'arriver aux conclusions.

1. L'IMPORTANCE DES DROITS FONDAMENTAUX ET DES VALEURS

Tout d'abord, les droits fondamentaux et les valeurs sont des ensembles normatifs identifiés dans des dispositions distinctes, et pourtant unis par le fait qu'ils soient placés au sommet des sources de droit de ce système. Les droits fondamentaux, ainsi que les libertés et les principes sont reconnus dans la Charte des droits fondamentaux (art. 6 § 1 TUE). Toutefois, à leur détermination contribuent aussi la Cour Européenne des droits de l'Homme, les traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que « principes généraux » du système juridique de l'Union (art. 6 § 3 TUE) et les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme conclus par les États membres. L'interdépendance de ces différentes sources dans la détermination des droits fondamentaux est évidente dans la jurisprudence de la Cour de justice⁶. Cela ne fait que refléter l'origine prétorienne (jurisprudentielle) des droits fondamentaux lorsque la Cour a reconnu ces garanties sous l'inspiration des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en suivant une méthode *lato sensu* de droit comparé.

Comme on le voit, la « reconnaissance » des droits fondamentaux suppose qu'ils ne soient pas créés par les traités, et qu'ils préexistent aux règles de droit⁷. À cet égard leur fondation ultime, leur appartenance à l'être humain, pourrait trouver des explications ailleurs et notamment dans l'état de nature car il y a des droits de l'homme que le pouvoir public doit reconnaître et garantir. La philosophie, la morale, l'éthique, le droit naturel, y compris le Christianisme⁸, peuvent fournir la clé de lecture, la matrice et le support des droits humains⁹. On reviendra sur ce syncrétisme entre le droit positif et d'autres sciences sociales lorsqu'on se penchera sur le thème les valeurs. À leur tour, les valeurs, en tant que règles juridiques

⁶ CJUE, 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e a.*, Rec. p. I-5305, point 29 ; CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:46, points 283 et 335.

⁷ Cette idée est bien présente dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme lorsqu'elle considère que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », mais aussi lorsqu'elle fait référence à « la conscience de l'humanité ».

⁸ Dans l'Église catholique, la question de droits de l'homme a acquis une place importante avec le Concile Vatican II et le magistère du Pape Jean Paul II (J. Ratzinger. Benedetto XVI, *Liberare la libertà. Fede e politica nel terzo millennio*, Cantagalli, Siena, 2018, p. 9 ; D. Murray, *The strange death of Europe. Immigration, Identity, Islam*, Bloomsbury, London, p. 5 s., et 213 ; et M. Pera, *Diritti umani e cristianesimo. La Chiesa alla prova della modernità*, Marsilio, Venezia, 2015, p. 23 ss.).

⁹ P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 2018, spéc. p. 8, 52 s. ; S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Milano, 2004, p. 53 ss. ; et de manière critique P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3^e ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 188 s.

enchâssées dans le droit *positum* des traités, sont principalement indiquées dans l'article 2 TUE. La liste comprend la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, la prééminence du droit, les droits de l'homme et les droits des minorités (art. 2, première phrase TUE). Sur le plan formel, il convient de souligner le chevauchement inévitable des valeurs et des droits, car, comme on peut le constater, la liste inclut les droits de l'homme. Inévitable, parce qu'il est difficile, *a priori*, d'imaginer que l'on puisse respecter les droits fondamentaux, sans respecter les valeurs et inversement.

Comme l'indique de plus en plus la jurisprudence récente de la Cour, les valeurs expriment les fondations du bâtiment européen. Il convient également de souligner la deuxième partie de la même disposition, et notamment le rôle fondamental que les valeurs sont appelées à jouer dans les ordres juridiques nationaux. En effet, il est dit que les valeurs sont « communes aux États membres » auxquels elles s'imposent, car les respectives sociétés nationales sont informées, *rectius*, doivent se conformer au pluralisme, ainsi qu'à la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre hommes et femmes (art. 2, deuxième phrase TUE). Si les valeurs lient à la fois les institutions et les États membres, on peut parler d'une « communauté des valeurs » qui relie l'Union, les États et les peuples. Ainsi, comme l'on vient de le constater, les droits fondamentaux et les valeurs sont encadrés dans des préceptes juridiques de conduite. Il n'en reste pas moins que les deux expriment des besoins éthiques de la société humaine car la « loi positive [...] s'inspire d'une culture et d'une éthique communes »¹⁰. Autrement dit, le droit demeure dans « *un ordo non scritto, o per dir meglio, scritto nel sostrato valoriale d'une vicenda storica, dove può essere decifrato e trasformato in principii e regole* »¹¹. On ne saurait pas négliger le fait que droits et valeurs, loin d'être une création arbitraire des rédacteurs des traités, se présentent comme la traduction en termes légaux d'un phénomène social reconnu dans les traditions constitutionnelles nationales et dans la société européenne, s'agissant de règles acceptées par les démocraties nationales comme étant le droit¹². Ceux-ci nous semblent en effet la traduction en principes de droit des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe qui sont à la base du développement des « valeurs universelles qui constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi

¹⁰ C. Delsol, 2004, *op.cit.*, p.71.

¹¹ P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, p. 110; voy., aussi du même auteur *Mitologie giuridiche della modernità*, préc., p. 123, 134 et 173.

¹² S. Cotta, 2004, *op. cit.*, p. 37 ss.

que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit » au sein de la société européenne, selon la formulation du préambule du TUE¹³.

2. DROITS FONDAMENTAUX ET VALEURS TELS QUE « *GROUND RULES* » D'UN PACTE CONSTITUTIF ENTRE LES PEUPLES D'EUROPE

Droits fondamentaux et valeurs se prêtent à être évalués par des méthodes constructives et coutumières d'interprétation des traités internationaux, c'est-à-dire la méthode systématique reposant sur l'idée de cohérence d'un traité en tenant compte de l'ensemble de ses parties, ainsi que la méthode téléologique inspirée des objectifs fixés par les traités. Il s'agit d'ailleurs des méthodes souvent appliquées par la Cour de justice dans ses grands arrêts à partir des affaires *Van Gend & Loos* (doctrine de l'effet direct) et *Costa c. ENEL* (doctrine de la primauté). On sait que depuis la réforme de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux a « la même valeur juridique que les traités » (art. 6 § 1 TUE). Cela n'est pas uniquement pertinent en termes de hiérarchie des sources. Les droits fondamentaux constituent dans le système juridique de l'Union les normes fondamentales de la société européenne, des « peuples de l'Europe » (art. 1 TUE). Ils constituent également un cadre réglementaire destiné à protéger les libertés des citoyens vis-à-vis de l'Union, ainsi que des États membres eux-mêmes, c'est-à-dire face à l'exercice du pouvoir public, selon une conception fonctionnelle des droits fondamentaux typique des ordres juridiques occidentaux. Par ailleurs, il est clair, comme la Cour de justice vient de le préciser, que la Charte a vocation à s'appliquer directement devant les juges nationaux même dans le cadre d'un litige entre particuliers, lorsque la Charte dispose, en termes impératifs, un droit fondamental auquel il ne peut être dérogé que dans le respect du contenu essentiel du même droit (article 52, § 1 de la Charte)¹⁴.

Étant les piliers normatifs (*ground rules*) de la construction européenne, le système de valeurs et les droits fondamentaux peuvent être considérés comme le substrat normatif d'un

¹³ Si l'on considère que ces préceptes lient les sociétés européennes, force est de constater leur relativité. Ils expriment l'identité de certaines communautés humaines, et non pas d'autres sociétés. L'universalisme des droits de l'homme et de valeurs n'est qu'un objectif à poursuivre. Cette relativité n'exclut pas, bien entendu, que l'Union européenne reste un système ouvert même à ceux qui ne partagent pas ces valeurs et ces droits. Ces derniers, en tant que le fondement ultime de la société européenne et synonyme de liberté, ont à faire en sorte que l'Union européenne soit nécessairement une entité ayant des frontières ouvertes, ainsi que tolérante aux personnes qui possèdent des valeurs différentes. Néanmoins, il n'est pas superflu de rappeler que, bien que la société européenne soit ouverte si elle ne veut pas se contredire, elle ne peut pas renoncer à son identité, ses racines, ses traditions. Cette ouverture doit être conciliée avec la protection de son identité à l'encontre de ceux qui ont l'intention de la bouleverser, en mettant en péril sa survie.

¹⁴ Voy., arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, point 76, et surtout arrêt de la grande chambre du 6 novembre 2018, *Max-Planck*, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, points 74-81. Cf. L. Blatiere, « L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux – perspectives d'avenir », in *Revue des affaires européennes*, 2018, n. 1, p. 93 s.

pacte constitutif (pacte social) entre les citoyens et l'Union, susceptible de qualifier en positif l'identité européenne.

Il s'ensuit que le processus d'intégration européenne ne peut plus s'expliquer d'une « façon purement mercantiliste » ou même comme un système juridique caractérisé uniquement par des institutions supranationales, ainsi que par des normes juridiques matérielles consacrées uniquement à assurer l'homogénéité du marché intérieur. Ce processus d'intégration, du moins si on regarde la récente évolution des traités, nous paraît de plus en plus imprégné de valeurs sociales, culturelles et humanistes. L'État de droit prend notamment le sens de l'État de droit social, en termes de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs européens¹⁵, une question qui ne relève pas uniquement de l'intérêt individuel du travailleur, mais également de l'intérêt général¹⁶. Ainsi l'Union et les États doivent à la fois poursuivre le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de la primauté du droit, des droits de l'homme et des minorités, ainsi que la croissance économique, l'emploi, la protection des travailleurs, le progrès social, la solidarité entre les générations (art. 3 TUE). Si on ajoutait aussi la valeur de la paix et de la sécurité internationale et les principes de la Charte des Nations Unies¹⁷, il s'ensuit que le cadre juridique étoffe le *telos*, c'est-à-dire la nature et la substance du processus d'intégration européenne. Il s'agit d'un système qui repose sur un facteur clé d'intégration juridique : le partage de droits et valeurs. Dans cette reconstruction, le tissu social est principalement constitué par les citoyens de l'Union qui sont les détenteurs de l'ensemble des valeurs, des garanties individuelles et des droits fondamentaux qui, à leur tour, sont susceptibles de représenter *in fieri* les piliers de l'identité civique européenne (*demos*) basée sur le *status civitatis* de l'Union¹⁸. Dans cette perspective, un statut supranational émerge en tant que tel : un statut non plus exclusivement lié à l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État-nation, mais aussi et directement à l'Union.

¹⁵ Voy., la jurisprudence concernant les principes de droit social européen par exemple le droit au congé annuel payé (arrêt du 30 juin 2016, C-178/15, *Sobczyszyn*, ECLI:EU:C:2016:502, point 20) ou sur les droits qui sont liés au droit au congé payé comme le droit à une indemnité financière pour les jours de congé annuel non pris (voir, en ce sens, les arrêts du 12 juin 2014, C-118/13, *Bollacke*, ECLI:EU:C:2014:1755, point 17 ; du 20 juillet 2016, C-341/15, *Maschek*, ECLI:EU:C:2016:576, point 27 ; du 20 janvier 2009, C-350/06 et C-520/06, *Schultz-Hoff e.a.*, EU:C:2009:18, point 62 ; du 20 juillet 2016, *Maschek*, cit., point 31 ; du 29 novembre 2017, C-214/16, *King*, ECLI:EU:C:2017:914, point 65 ; du 12 juin 2014, C-118/13, *Bollacke*, ECLI:EU:C:2014:1755, points 25, 26 et 30 ; arrêt du 19 septembre 2013, C-579/12, *Réexamen Commission c. Strack*, EU:C:2013:570, point 32).

¹⁶ Voy., sur cette idée, conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans les affaires jointes *Robinson-Steele e.a.* (C-131/04 et C-257/04, ECLI:EU:C:2005:650, point 79).

¹⁷ R. Baratta, « International Peace and Security as a Normative Value of the EU Foreign Policy – CSDP Missions », in E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci (dir.), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Giappichelli, 2016, p. 86 s.

¹⁸ Voy., *ex pluribus* CJUE 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, *Rec.*, I-6193, point 31 ; 17 septembre 2002, aff. C-413/99, *Baumbast et R*, *Rec.*, I-7091, point 82.

Si la jurisprudence de la Cour de justice continuait à s'inspirer (selon un itinéraire déjà entamé dans ces dernières années) du système commun de valeurs et de la Charte des droits fondamentaux, et si les Cours suprêmes nationales pouvaient contribuer à les valoriser, ce patrimoine commun pourrait progressivement devenir un facteur d'unification des peuples européens, ainsi que des États membres. Droits et valeurs deviendraient non seulement des règles de droit visant à protéger les individus, mais également des porteurs de l'identité commune européenne susceptible d'articuler le contrat constitutif entre les peuples européens et la construction d'une « maison commune ». Les valeurs communes pourraient aussi jouer un rôle de passerelle entre le droit commun et le droit national. Lorsque la théorie de la primauté du droit de l'Union est confrontée aux théories de « contre-limites » invoquées par plusieurs Cours constitutionnelles (notamment allemande et italienne) pour sauvegarder le noyau dur de la souveraineté nationale, la « communauté des valeurs » deviendrait un outil d'harmonisation entre ordres juridiques, une « règle pont » qui pourrait encourager davantage de dialogue constructif entre la Cour de justice et les Cours suprêmes nationales. Un juge national qui invoque une contre-limite pour protéger un intérêt interne de nature à justifier, en principe, une restriction au droit de l'Union, devrait du moins considérer cette position sous l'angle aussi des valeurs communes.

3. LA DIFFERENCE ENTRE DROITS FONDAMENTAUX ET VALEURS

Il convient de noter que les droits fondamentaux et les valeurs sont interdépendants, mais distincts notamment parce que leurs champs d'application respectifs ne coïncident pas. Sur le plan structurel, les droits et les valeurs sont interdépendants, car le respect des valeurs nécessite la protection des droits fondamentaux, et inversement¹⁹. Les traités reflètent cela dans l'article 2 TUE qui inclut le respect des droits de l'homme dans les valeurs du système. Tant les droits que les valeurs se caractérisent par un objectif principal qui représente le trait typique des sociétés occidentales : la protection de l'individu *uti singuli* et dans ses articulations en groupes vis-à-vis l'autorité du pouvoir public. Les droits et les valeurs constituent une limite à l'exercice du pouvoir public, leur respect en étant une condition de légitimité vis-à-vis des institutions européennes²⁰, ainsi que des États membres.

Droits fondamentaux et valeurs, cependant, sont également des catégories juridiques distinctes. Bien qu'ils jouissent d'une relation d'interdépendance, le champ d'application des

¹⁹ Cf. T. Bingham, *The rule of law*, Penguin books, London, 2010, p. 67 ; N. MacCormick, *Institutions of law. An essay in legal theory*, OUP, Oxford, 2007, p. 189.

²⁰ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi I*, *op. cit.*, points 283 s.

valeurs ne coïncide pas avec celui des droits fondamentaux. Cette distinction ne repose pas sur le seul fait que les droits sont visés dans la Charte, dans la CEDH et dans les traditions constitutionnelles communes, alors que les valeurs sont énoncées dans d'autres dispositions. La distinction est caractérisée davantage et, à mon avis, elle repose sur la nécessité d'accroître la protection des personnes. En effet, elle réside principalement dans le fait que, contrairement aux droits fondamentaux, le respect de valeurs communes ne dépend pas de la mise en œuvre au préalable de l'acquis par le biais d'une activité institutionnelle de production législative. En d'autres termes, la protection des valeurs ne présuppose pas l'exercice au préalable des compétences attribuées à l'Union. Ainsi, si la Charte des droits fondamentaux est applicable aux États membres dans les limites des compétences de l'Union (art. 51 de la Charte), le champ d'application des valeurs ne connaît pas la même restriction puisque les valeurs s'imposent aux États même dans leurs *domestic jurisdiction* du seul fait de leur appartenance à l'Union. La preuve en est que la procédure en manquement concernant le respect des valeurs (art. 7 TUE) ne présuppose pas l'atteinte d'actes spécifiques de l'acquis.

4. LE RÔLE CLÉ DE LA « DOCTRINE DES VALEURS » DANS LE PROCESSUS D'INTÉGRATION EUROPÉENNE

Dans ce cadre juridique, la doctrine des valeurs est susceptible de jouer un rôle clé, selon une perspective d'interprétation systématique et téléologique qui vient d'être confirmée par la jurisprudence très récente de la Cour de justice. Il convient de mettre en exergue du moins six composantes juridiques de cette doctrine qui impose des obligations indivisibles (4.1), constitue le patrimoine juridique intangible des individus (4.2), demande aux États membres un niveau minimal d'homogénéité constitutionnelle (4.3), s'applique *inter alia* aux matières relevant de la compétence interne de l'État (4.4), en étant la condition essentielle et impérative pour l'application des règles de reconnaissance des décisions qui caractérisent l'Espace de liberté, sécurité et justice (4.5). Finalement, les valeurs sont des « principes de structure » de l'ordre juridique capables de marquer son interprétation et application à plusieurs degrés (4.6).

4.1. Les valeurs imposent des obligations erga omnes partes

Tout d'abord, le respect des valeurs communes peut être conceptualisé comme une obligation *erga omnes partes* puisqu'il y a un intérêt commun ou général des États membres à ce que chacun d'entre eux s'acquitte de cette obligation. Cette qualification met l'accent sur le caractère indivisible de l'obligation en question ou, pour mieux dire, de la responsabilité qu'il s'ensuit, de sorte que chaque État membre doit respecter cette obligation envers l'Union, envers

les autres États membres et envers les particuliers. En d'autres termes, chacun des titulaires de droits correspondant à cette responsabilité a un intérêt juridique protégé par le droit de l'Union, de sorte que chaque État, dans sa juridiction nationale, est responsable du respect des valeurs envers les autres sujets du système juridique. La récente pratique institutionnelle semble confirmer la nature indivisible que l'obligation du respect des valeurs entraîne. Par exemple, en rendant compte d'une discussion au Conseil à la suite d'une communication de la Commission sur le respect de l'État de droit en Pologne, la Commission a noté que durant le Conseil affaires générales du 16 Mai 2017 « (u)n large consensus s'est dégagé autour de la table pour dire que l'État de droit est un intérêt commun et une responsabilité commune des institutions de l'Union et des États membres »²¹. Également, dans l'affaire *Achmea* la Cour de justice a réaffirmé, après l'avis 2/13, que « (l)e droit de l'Union repose [...] sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée [...] »²². Ces mots sont susceptibles d'être interprétés en ce sens que le « partage reconnu et réciproque » entre États membres de valeurs communes donne lieu à un ensemble d'obligations indivisibles.

4.2. Les valeurs constituent un patrimoine juridique intangible des individus

S'agissant de la dimension interne de la doctrine des valeurs, son caractère indivisible et de solidarité implique que chaque pays doit garantir les valeurs communes à la fois à l'Union, aux autres États membres ainsi qu'aux individus²³. Quant à ces derniers, les valeurs servent surtout à protéger les êtres humains contre les institutions, ainsi qu'envers leur propre État national. Autrement dit, une fois que le respect des valeurs est inscrit dans les traités, les individus, en tant que sujets de droit du système juridique de l'Union²⁴, jouissent du droit à leur protection même à l'encontre de l'État membre d'appartenance ou de résidence. Cela fait partie de leur héritage historique (qui va du bas vers le haut) et surtout de leur « patrimoine juridique intangible » selon une approche adoptée par la Cour de justice à propos de certaines libertés fondamentales encadrées dans le droit primaire. Cette approche nous semble susceptible

²¹ Recommandation (UE) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374 et (UE) 2017/146, J.O. 2/9/2017, L 218, p. 19, considérant 21.

²² CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, point 34.

²³ *Ex multis* CJCE aff. 294/83, *Les Verts*, ECLI:EU:C:1986:166, point 23 ; aff. 46/87 et 227/88, *Hoechst*, ECLI:EU:C:1989:337, point 19, aff. C-279/09, *DEB*, ECLI:EU:C:2010:811, point 58 (concernant la séparation de pouvoirs dans les États membres).

²⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, p. 23, où la Cour de justice souligne la subjectivité des ressortissants des États membres et le fait que « le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ».

d'englober la doctrine des valeurs qui est ici envisagée²⁵. En ce qui concerne les États membres, ils peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés partout dans le champ d'application territorial du droit commun. Tout État est responsable et a le devoir de favoriser, conjointement avec les institutions et individuellement, la réalisation des valeurs de l'Union, en tant que principes intransgressibles du droit primaire, conformément aux prescriptions de l'article 2 TUE, et d'aider l'Union à s'acquitter de ses responsabilités concernant le respect et la promotion des valeurs. L'intérêt que les États membres possèdent relativement au respect de valeurs est, quant à sa teneur, général et uniforme pour chacun d'entre eux, s'agissant d'un intérêt protégé par l'ordre juridique de l'Union. En effet, il n'y a aucune raison pour qu'un intérêt qui relève des individus européens – surtout du fait qu'il se rattache à leurs racines communes – ne puisse être qualifié comme étant d'intérêt juridique.

4.3. La responsabilité de garantir un niveau minimal d'homogénéité constitutionnelle

Dans cette perspective, la doctrine des valeurs implique l'exigence de garantir un niveau minimal d'homogénéité constitutionnelle s'imposant aux États membres, même lorsqu'ils mènent des actions en dehors de la mise en œuvre du droit de l'Union. Il convient de souligner que, dans cette perspective, tout État n'est pas en condition d'assurer la reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et pénale, ainsi que le système européen commun d'asile, si l'un d'entre eux, singulièrement concerné, ne pouvait pas garantir, de manière concrète, dans son ordre juridique interne, la prééminence du droit, la légalité, l'accès à la justice, l'indépendance des juges, puisqu'il s'agit de règles de structure qui sont à la racine du principe de la confiance mutuelle entre ordres juridiques nationaux²⁶. De manière plus générale, les États membres sont, en principe, « tenus de contrer » la situation créée par un autre État membre qui ne respecte pas

²⁵ Le droit de l'Union « de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit de l'Union est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique. Ces droits naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par les traités, mais aussi en raison d'obligations que ceux-ci imposent d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions de l'Union » (CJCE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, point 20 ; v., en ce sens, aussi CJCE, 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Francovich e.a.*, ECLI:EU:C:1991:428, point 31, ainsi que CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage et Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, point 19, ainsi que la jurisprudence citée).

²⁶ En ce qui concerne le système commun d'asile, la Cour de justice a affirmé que « [c]'est précisément en raison de ce principe de confiance mutuelle que le législateur de l'Union a adopté le règlement n° 343/2003 et les conventions visées aux points 24 à 26 du présent arrêt en vue de rationaliser le traitement des demandes d'asile et d'éviter l'engorgement du système par l'obligation, pour les autorités des États, de traiter des demandes multiples introduites par un même demandeur, d'accroître la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination de l'État responsable du traitement de la demande d'asile et ainsi d'éviter le forum shopping, l'ensemble ayant pour objectif principal d'accélérer le traitement des demandes dans l'intérêt tant des demandeurs d'asile que des États participants. Dans ces conditions, il doit être présumé que le traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque État membre est conforme aux exigences de la Charte, à la convention de Genève ainsi qu'à la CEDH » (CJUE, gde ch., 21 décembre 2011, aff. C-411/10 et C-493/10, *N.S.*, ECLI:EU:C:2011:865, points 79 et 80).

les valeurs, afin qu'il soit mis fin à cette violation. Dans cette perspective, mériterait d'être valorisé un passage, abstraction faite de son caractère incident, de l'avis 2/13 où la Cour de justice a souligné l'« importance fondamentale »²⁷ du principe de la confiance mutuelle entre les États membres en vue de la création et du maintien d'un espace sans frontières intérieures de liberté, de sécurité et de justice. Cette « construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée [...] Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre »²⁸.

4.4. La doctrine des valeurs s'applique aussi aux matières relevant de la compétence interne de l'État

Le respect de ce système commun de valeurs est ultérieurement caractérisé en termes juridiques. À cette fin, la responsabilité du respect des valeurs s'impose aux États membres même lorsqu'ils ne sont pas appelés à mettre en œuvre l'acquis de l'Union, étant donné que la cohérence aux valeurs couvre également le champ des compétences internes de chaque État.

Comme le montre la jurisprudence de la Cour, l'administration publique de la justice en est un exemple clair. Tout en demeurant de la compétence des États, l'administration de la justice est soumise au respect des valeurs de l'Union, telles que l'État de droit et les garanties d'indépendance des juges. Dans l'affaire *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la Cour a insisté sur l'obligation des États membres de garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire conformément à une lecture conjointe des articles 19, § 1, deuxième alinéa du TUE et 2 TUE²⁹. Il s'ensuit que, même dans cette sphère interne, l'État membre n'est pas *legibus solutus*, ni au-dessus des valeurs. Il s'ensuit également que le projet d'intégration européenne se caractérise

²⁷ Avis 2/13 (ass. plén.), ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

²⁸ *Ibid*, point 168 (nous soulignons). Il s'agit en plus d'un principe que la Cour de justice avait déjà mentionné auparavant : v. les arrêts CJUE, 29 janvier 2013, aff. C-396/11, *Radu*, ECLI:EU:C:2013:39, points 33 et 34 ; CJUE, gde ch., 26 février 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, point 37.

²⁹ CJUE 27 février 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, point 42 (« La garantie d'indépendance, qui est inhérente à la mission de juger [...], s'impose non seulement au niveau de l'Union, pour les juges de l'Union et les avocats généraux de la Cour, ainsi que le prévoit l'article 19, paragraphe 2, troisième alinéa, TUE, mais également au niveau des États membres, pour les juridictions nationales ») et 44 (« La notion d'indépendance suppose, notamment, que l'instance concernée exerce ses fonctions juridictionnelles en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit, et qu'elle soit ainsi protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de jugement de ses membres et d'influencer leurs décisions [...] »).

par le partage absolu de ce système de valeurs, dont l'efficacité est ainsi renforcée. En effet, la construction européenne ne peut fonctionner que si tous les États membres se comportent de manière cohérente par rapport au cadre normatif des valeurs, même s'ils agissent dans le cadre de leur souveraineté interne. Si la règle du respect des valeurs revêt un contenu juridique général et horizontal, force est de constater que la conformité aux valeurs devient une question d'intérêt commun. En effet, les États membres ne sont pas libres de s'éloigner des éléments constitutifs de l'appartenance à l'Union. Par conséquent, ils ne pourraient même pas invoquer leurs identités nationales (ou constitutionnelles) respectives afin de justifier l'infraction faite aux valeurs en question. Autrement dit, il ne peut y avoir désaccord entre le respect de l'identité nationale des États membres (art. 4 § 2 TUE), et le respect des valeurs de l'Union : un État membre ne pourrait pas justifier la violation systématique des valeurs communes parce qu'il doit protéger son identité. Par exemple, dans une affaire récente, la Pologne a fait valoir les effets prétendus disproportionnés des contingents de relocalisation des migrants pour les États membres qui sont « presque ethniquement homogènes comme la Pologne » et dont la population différerait, d'un point de vue culturel et linguistique, des migrants devant être relocalisés sur leur territoire³⁰. La Grande Chambre a rejeté cette argumentation en soulignant non pas uniquement son irrecevabilité sur le plan procédural, ce qui aurait été suffisant, mais elle n'a pas manqué d'ajouter sur le fond « que des considérations liées à l'origine ethnique des demandeurs de protection internationale ne peuvent pas être prises en compte en ce qu'elles seraient, de toute évidence, contraires au droit de l'Union et notamment à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »³¹. Même si la réponse ne se réfère pas aux valeurs de l'Union, la logique nous paraît semblable. Par ailleurs, lorsqu'elle a été saisie d'une demande de décision préjudicielle qui invoquait l'identité nationale d'un État membre afin de ne pas respecter le droit de l'Union, la Cour de justice a considéré que la marge d'appréciation dont les autorités nationales disposent doit s'aligner aux principes, voire aux valeurs de l'Union³².

³⁰ CJUE (grande chambre) 6 septembre 2017, aff. C-643/15 et C-647/15, *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, ECLI:EU:C:2017:631, point 302.

³¹ *Ibid*, point 305.

³² Cf. par exemple CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614, où la Cour a estimé que la justification à la restriction à la liberté de prestation de service fondée sur la valeur fondamentale consacrée par la constitution nationale, à savoir la dignité humaine, s'harmonisait avec le droit de l'Union qui « tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire » (point 34). V. aussi l'arrêt CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, points 81 et s. Étant donné que dans ce cas de figure, le gouvernement autrichien invoquait le respect de la loi d'abolition de la noblesse de 1919 et plus généralement du principe constitutionnel d'égalité de tous les citoyens autrichiens, la Cour a bien considéré que « l'ordre juridique de l'Union tend indéniablement à assurer le respect du principe

4.5. *L'importance de la doctrine des valeurs par rapport à la reconnaissance des jugements*

Le respect des valeurs communes constitue aussi le pilier de la coopération judiciaire en matière pénale et civile. En effet, la jurisprudence de la Cour a précisé depuis longtemps que le respect des valeurs fondatrices de l'Union, et notamment celle de l'État de droit ou autrement dit de la *rule of law*³³, est une condition essentielle et impérative pour l'application des règles de reconnaissance des décisions qui caractérisent l'espace de liberté, sécurité et justice. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale et civile, ne peut fonctionner que si la *rule of law* est non seulement considérée abstraitement comme étant commune aux États membres, mais elle est effectivement garantie par les lois nationales. La reconnaissance mutuelle des jugements repose en effet, sans exception, sur la confiance mutuelle que les lois nationales se conforment à un niveau minimum d'homogénéité constitutionnelle, donné par le respect effectif des valeurs de l'Union et, en particulier, de l'État de droit. La relation entre la confiance mutuelle et la reconnaissance des jugements est intense, structurelle et indissoluble, comme le montre une série d'indications jurisprudentielles qui se prêtent à une reconstruction tout à fait cohérente avec cette perspective. Sur la base de ces prémisses, la Cour de justice a récemment été en mesure d'affirmer dans l'affaire *Achmea* qu'un partage mutuel de valeurs entre les États membres est nécessaire pour devenir membre de l'Union et que ce partage est la prémisse essentielle pour garantir la confiance mutuelle entre systèmes juridiques nationaux³⁴. Comme

d'égalité en tant que principe général du droit. Ce principe est également consacré à l'article 20 de la charte des droits fondamentaux. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de respecter le principe d'égalité est compatible avec le droit de l'Union » (point 89). La même approche a été adoptée dans l'arrêt CJUE, Gde. ch., 5 décembre 2017, aff. C-42/17, *M.A.S.*, ECLI:EU:C:2017:936, où la Cour de justice a rappelé l'importance, tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux, que revêt le principe de légalité des délits et des peines, dans ses exigences relatives à la prévisibilité, à la précision et à la non-rétroactivité de la loi pénale applicable, car ce principe est, d'un côté, consacré à l'article 49 de la Charte et s'impose aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, conformément à l'article 51, paragraphe 1, et de l'autre côté fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres (points 51, 52 et 53).

³³ D. Mockle, « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », in *Les Cahiers de droit*, vol. 35, n° 4, 1994, p. 823–904.

³⁴ « Le droit de l'Union repose ainsi sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre. C'est précisément dans ce contexte qu'il incombe aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union et de prendre, à ces fins, toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union... », CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, point 34 ; 25 July 2018, C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586, para. 35. En ce qui concerne le principe de la confiance mutuelle entre les États membres voir aussi 10 août 2017, aff. C-270/17 PPU, *Tupikas*,

on peut le constater, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions rendues par les tribunaux nationaux, prévu par les traités et par le droit dérivé, serait impensable si les systèmes juridiques des États membres ne respectaient pas l'indépendance des juges, et de manière générale la *rule of law*. Cette rigueur dans le respect des valeurs ne peut être comprise que si l'on reconnaît que le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et pénale entre les États membres s'inspire d'un modèle d'intégration si élevé que l'activité judiciaire d'un juge national finit par être considérée comme équivalente à celle du juge d'un autre État membre. L'ordre juridique de l'Union est fondé sur l'interchangeabilité des systèmes juridictionnels nationaux, car on présuppose qu'ils sont nécessairement conformes à des valeurs partagées et mutuellement reconnues.

La reconnaissance des décisions a un impact important sur les systèmes juridiques nationaux : elle implique, d'un côté, que les décisions rendues en matière civile et commerciale par un juge national puissent circuler librement, sans frontières, et de l'autre côté qu'un arrêt produise des effets identiques à ceux qu'il a déterminé dans l'État d'origine, devenant également obligatoires ailleurs. Dans une logique similaire à celle de la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitution américaine (art. IV, sect. 1)³⁵, la construction européenne supprime les théories classiques de l'indépendance et de l'exclusivité des ordres juridiques nationaux, pour se fonder sur l'idée d'interchangeabilité de la *potestas iudicandi*. Puisque la *iurisdictio* d'un État membre devient équivalente à celle exercée par les juges nationaux, la technique de la reconnaissance automatique et mutuelle est en soi un signe d'inspiration au modèle d'intégration similaire à celui qui caractérise les États fédéraux. Par contre, comme on le sait, l'édifice européen n'entraîne pas un *pactum unionis* de nature fédérale visant l'extinction des États membres en tant que sujets de droit international, ni, parallèlement, la création d'une nouvelle entité étatique unitaire qui se substituerait à ceux-ci. On peut alors bien comprendre la raison pour laquelle la Cour de justice a mis justement l'accent sur la nécessité de protéger le niveau élevé de coopération judiciaire atteint par la construction européenne. À cet égard, il suffit de rappeler l'arrêt récemment rendu par la Cour de justice dans l'affaire *LM*³⁶. Il s'agissait d'un mandat d'arrêt délivré par des juges polonais auquel l'intéressé (ne souhaitant pas être traduit devant les tribunaux polonais) s'était opposé face aux autorités irlandaises, affirmant notamment que cette remise l'aurait exposé à un risque réel de déni de justice en raison du

ECLI:EU:C:2017:628, point 49 ; 10 novembre 2016, aff. C-452/16 PPU, *Poltorak*, ECLI:EU:C:2016:858, point 26.

³⁵ R. Baratta, *La reconnaissance des situations juridiques personnelles et familiales*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 348, 2010, p. 253-499, p. 316.

³⁶ CJUE, 25 juillet 2018, C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.*

manque d'indépendance des juges polonais. En effet, cette indépendance ne serait plus garantie à la suite de certaines réformes apportées au système judiciaire de ce pays. Or, la Cour de justice a abordé la question en se demandant si en l'espèce, il y avait un risque réel de violation du droit fondamental de la personne concernée à un tribunal indépendant et, partant, de son droit fondamental à un procès équitable, tel qu'énoncé à l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte des droits fondamentaux, afin que l'autorité judiciaire d'exécution puisse s'abstenir, à titre exceptionnel, de donner suite à un mandat d'arrêt européen. La Cour a souligné que l'exigence d'indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment, de la valeur de l'État de droit³⁷. Finalement, la Cour a répondu qu'en présence d'éléments, tels que ceux figurant dans une proposition motivée de la Commission européenne, adoptée en application de l'article 7, § 1, TUE, tendant à démontrer l'existence d'un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable garanti par l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte des droits fondamentaux, en raison de défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission du mandat d'arrêt, l'autorité judiciaire d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, si, eu égard à la situation spécifique de cette personne, ainsi qu'à la nature de l'infraction pour laquelle elle est poursuivie et au contexte factuel qui sont à la base du mandat d'arrêt européen, et compte tenu des informations fournies par l'État membre d'émission, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que ladite personne court un tel risque, en cas de remise à ce dernier État.

En définitive, la Cour semble confirmer l'exactitude de l'opinion selon laquelle, dans les domaines de la coopération judiciaire en matière civile et pénale, le respect du système de valeurs communes et, surtout, de la *rule of law*, implique que les ordres juridiques nationaux ont la responsabilité de garantir, devant leurs tribunaux, la protection effective des positions juridiques individuelles, ainsi que l'indépendance et l'impartialité des tribunaux. Si ce n'était pas le cas, il n'y aurait même pas les conditions minimales pour permettre aux traités et au droit dérivé de produire des effets conformes au système de valeurs. En d'autres termes, la coopération judiciaire entre les États membres tout simplement ne pourrait pas fonctionner.

³⁷ *Ibid* points 48, 49 e 58.

4.6. Les valeurs en tant que des « principes de structure » de l'ordre juridique

Au niveau strictement juridique, les valeurs peuvent être définies comme des principes de droit ou « principes de structure » de l'ordre juridique, c'est-à-dire des normes de comportement qui encadrent l'activité institutionnelle et celle des États membres. Le terme « principe » est utilisé ici dans le même sens que les traités afin de marquer le caractère fondamental d'une règle, sans que celle-ci perde sa force de prescription obligatoire³⁸. Ainsi, la conformité aux valeurs n'est pas seulement souhaitable s'agissant d'un simple objectif moral, mais les institutions « ont pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples » (art. 3 § 1 TUE et, en termes presque identiques, art. 13 § 1 TUE). Dans cette perspective, les valeurs relèvent du droit au moins pour trois motifs. En tout premier lieu, elles relèvent du droit en guidant l'interprète dans la lecture des autres dispositions « selon les valeurs » de l'Union. Ce cadre présuppose une culture juridique qui est sensible au travail créatif du juge : l'interprétation des sources s'ouvre aux valeurs, celles-ci tendant à se muer en véritable instrument de l'interprétation du droit. En deuxième lieu, la doctrine des valeurs constitue une limite au pouvoir de révision *in pejus* des traités puisque l'Union ne saurait éroder la base légale de sa légitimation. Finalement, la validité juridique des valeurs devient le paramètre légal pour évaluer la conduite des États membres dans leur juridiction interne. Il s'ensuit que la conformité aux valeurs normatives exprime aussi et surtout la raison d'être essentielle de la législation de l'Union, ainsi que de l'activité des États membres. Le caractère essentiel du respect des valeurs par chaque État membre, individuellement concerné, ne saurait être visé qu'à la lumière d'une lecture conjointe des trois dispositions de droit primaire prévues par les articles 2, 7 TUE et 269 TFUE³⁹. Cela nous amène, pour terminer, à analyser un des points les plus sensibles du système, c'est-à-dire l'efficacité du respect des droits et des valeurs par rapport à un État membre.

5. MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITE EN CAS DE VIOLATION DES DROITS ET DES VALEURS

En règle générale, l'Union dispose de deux catégories d'instruments pour réagir face à un État membre qui ne respecterait plus les valeurs communes dans son domaine. La première catégorie est donnée par les instruments publicistes, de *public enforcement*, confiés aux

³⁸ CJCE 8 avril 1976, aff. 43-75, *Defrenne*, Recueil, p. 455, points 28 et 29.

³⁹ La perspective qu'on vient de proposer présuppose forcément que les valeurs aient une nature juridique. Autrement dit, elles ne jouent pas un rôle purement politico-symbolique (R. Baratta, « La "communauté des valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *Revue des affaires européennes*, 2018, n.1., p. 85 s.).

institutions (5.1). La deuxième catégorie est fondée sur le recours préjudiciel qu'il appartient au juge national d'activer, en ayant le pouvoir et, sous certaines conditions, le devoir de soulever une question préjudicielle qui peut mettre un État en face de la Cour de justice par le truchement du renvoi (5.2).

5.1. Les instruments de public enforcement

5.1.1. La « *Rule of Law Framework* » et la procédure prévue par l'article 7 TUE

Comme on le sait, en cas de violation présumée systémique de valeurs, le mécanisme de l'article 7 TUE peut être déclenché. Cependant, les institutions politiques ont longtemps hésité à appliquer cette procédure. Elle a d'ailleurs été assimilée à une option nucléaire par un ancien Président de la Commission. C'est probablement pour cette raison aussi qu'en 2014, la Commission a élaboré la « *Rule of Law Framework* ». Divisée en trois phases, le « *Framework* » est destiné à précéder et vraisemblablement à ralentir la mise en œuvre de l'article 7 TUE dans le cadre d'un dialogue constructif avec l'État membre concerné. Après de nombreuses hésitations, la Commission a récemment entamé, par rapport à la Pologne, la procédure prévue à l'article 7 TUE, après la clôture, sans avoir entre-temps reçu des réponses constructives, les différentes phases du « *Framework* »⁴⁰. De manière prévisible, la Commission s'est appuyée sur une notion, pour ainsi dire, épaisse, dense de *rule of law*, conformément aux premières interprétations par la Cour de justice d'un concept qui n'est pas défini par les traités⁴¹. En effet, la Commission a affirmé que la *rule of law* serait menacée dans un État qui adopte des réformes affectant la liberté de la presse, l'indépendance et la légitimité du jugement de constitutionnalité, et plus généralement l'indépendance de la juridiction, ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs. On pourrait maintenir que le « *Framework* » est un instrument peu efficace, comme le montreraient les premiers cas d'application pratique, dans la mesure où il conduirait à des résultats insatisfaisants, constituant en pratique un moyen pour retarder le recours à la procédure en manquement. En fait, les avertissements formulés par la Commission n'ont pas achevé les effets qu'elle souhaitait. Celle-ci a été même accusée d'ingérence dans les affaires intérieures des États concernés, ainsi que de manque de respect de leurs identités

⁴⁰ Voy. en général H. Schmitt von Sydow, « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et État de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », *RDUE*, 2001, pp. 285 et s. ; I. Pingel, « Commentaire de l'article 7 TUE », in *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^e éd., Bale-Paris-Bruxelles, Helbing, Dalloz, Bruylant, 2010, pp. 35 et s. ; D. Kochenov, « Busting the myths nuclear: A Commentary on Article 7 TEU », *EUI Working Papers Law* 2017/10.

⁴¹ CJUE 25 juillet 2018, aff. C-216/18 PPU, *LM*, cit., point 48. Voir aussi R. Baratta, « Rule of Law 'Dialogues' Within the EU: A Legal Assessment », in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, vol. 8, n° 2, p. 357 ss., p. 358-359, notes 5 et 6.

nationales. Pourtant, le « *Framework* » entraîne, semble-t-il, l'idée que son activation est susceptible de produire des effets dissuasifs, en plaçant au centre du débat public la violation systémique des valeurs dans un État membre. La conduite d'un gouvernement pourrait finalement être influencée non seulement par la poursuite inévitable de la procédure visée à l'article 7 TUE, mais avant tout par un phénomène de désapprobation sociale de la part des autres acteurs de la société européenne lorsque ce gouvernement est impliqué *uti singuli* dans le « *Framework* ». N'est-il pas vrai en effet qu'en vertu du « *Framework* » l'État est tenu d'assumer la responsabilité de son action devant la Commission en répondant d'une manière constructive s'il souhaite éviter, le cas échéant, la procédure qui peut aboutir à des sanctions ?

En tout état de cause, il est clair que si la Commission était convaincue qu'à l'égard d'un État membre qui ne respecte pas une ou plusieurs valeurs communes dans sa *domestic jurisdiction*, elle ne serait pas seulement habilitée à agir en vertu du « *Framework* », mais elle devrait aussi déclencher la procédure prévue par l'article 7 TUE, sa mission étant la protection de l'intérêt général de l'Union par le biais de mesures appropriées afin de garantir le respect des traités. D'ailleurs et surtout la Commission est responsable de rendre compte des conséquences de sa conduite. En d'autres termes, chaque fois que la Commission constate que le bon fonctionnement de la construction européenne est menacé, car à son avis, un État membre ne se conforme plus au niveau minimal d'homogénéité constitutionnelle entraîné par le système de valeurs communes, cette même institution doit avant tout assumer la charge, en étant *accountable*, de l'exercice de ses pouvoirs ou bien de son inactivité. De toute évidence, il ne s'agit ni d'une obligation d'agir ni d'une obligation de résultat. La Commission est toutefois obligée d'expliquer publiquement les raisons de son activité ou de son inaction, en étant le « gendarme » du respect des traités.

D'autre part, il faut admettre que la procédure publique de manquement prévue par l'article 7 TUE n'est pas un outil facile à utiliser pour des raisons à la fois politiques et juridiques. D'un côté, les hésitations de la Commission sont peut-être dues à l'obstacle de l'unanimité devant le Conseil européen qui est un moment clé de la phase répressive en ouvrant la porte à la sanction prévue par l'article 7 § 3 TUE. Cette disposition prévoit en effet que le Conseil peut décider, statuant à la majorité qualifiée, une sanction à l'encontre de l'État concerné qui, à son tour, peut aboutir à la suspension de certains droits découlant des traités, y compris ses droits de vote au sein du Conseil. Il convient aussi de se souvenir des incertitudes du Conseil qui, pour l'instant s'est limité à examiner la situation sans donner suite à la proposition motivée de la Commission visant à ouvrir la phase préventive de la procédure à

l'encontre de la Pologne. Par ailleurs, on sait que par une résolution du 12 septembre 2018, le Parlement européen a invité le Conseil à constater, conformément à l'article 7, § 1 TUE, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée⁴².

Par ailleurs, on sait que l'issue de la procédure de contrôle direct de la violation de valeurs ne peut être contestée que sous l'angle du respect des seules dispositions procédurales énoncées à l'article 7 TUE (article 269 du TFUE). Les profils de mérite, et en particulier la nécessité et la proportionnalité de l'éventuelle sanction adoptée par le Conseil, ne peuvent donc pas être contestés devant le juge de l'Union. Ainsi, pour des raisons largement imputables à la réticence des États membres à accepter l'ingérence dans une procédure caractérisée par le rôle dominant attribué aux institutions intergouvernementales, et qui se prêtent évidemment à être politisées, aucun contrôle juridictionnel n'est prévu par rapport à la sanction éventuelle, ainsi qu'à la marge laissée à la discrétion du Conseil européen et du Conseil⁴³. En définitive, le système présente une faiblesse structurelle paradoxale si l'on considère que la sanction est adressée à un État membre pour violation de la *rule of law*, lorsque l'Union, elle-même, n'assure pas l'accès plein à la justice, bien qu'elle se prétende proposer un modèle parfait de « communauté de droit »⁴⁴.

5.1.2. La procédure d'infraction selon les articles 258 et 259 TFUE

En présence de violations de règles spécifiques de l'acquis, deux outils supplémentaires de contrôle juridictionnel sont envisageables.

Tout d'abord, la Commission peut très bien poursuivre des infractions spécifiques à l'acquis impliquant la violation de la communauté de valeurs, ainsi que de droits fondamentaux. L'exemple des recours en manquement à l'encontre de la Hongrie est significatif lorsque la Commission a ciblé l'adoption de régimes nationaux qui imposaient la cessation de l'activité professionnelle des juges, procureurs et notaires âgés de 62 ans ; et qui ont été résiliés de manière anticipée l'autorité de surveillance nationale, en créant une nouvelle autorité présidée

⁴² Il convient d'observer que la Hongrie a demandé l'annulation de cet acte parce que le Parlement aurait gravement enfreint certaines dispositions du TFEU, ainsi que de son propre règlement intérieur (voy. recours introduit le 17 octobre 2018, aff. C-650/18 *Hongrie c. Parlement européen*).

⁴³ R. Baratta, 2018, *op.cit.*, p. 83 s.

⁴⁴ CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/14, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, *Rec.*, p. 1339, point 23 ; CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, *Rec.*, p. I-6677, point 40.

par une autre personne ; et enfin la mise en danger de l'indépendance de la banque centrale hongroise⁴⁵.

En outre, en octobre 2018, la Commission a introduit devant la Cour de justice un recours en manquement contre la République de Pologne. Ce recours vise à constater que, en baissant l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême et en l'appliquant aux juges nommés à la Cour suprême jusqu'au 3 avril 2018, et en accordant au président de la République de Pologne le pouvoir discrétionnaire de prolonger la fonction judiciaire active des juges de la Cour suprême, la République de Pologne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées de l'article 19 § 1, second alinéa TUE et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Commission présume évidemment que la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire serait sérieusement compromise. Autrement dit, le niveau minimum d'homogénéité constitutionnelle, dont je viens de parler, ne serait plus garanti par la Pologne. Ce n'est pas inintéressant de noter, sur le plan institutionnel, que la Commission a utilisé la procédure prévue par l'article 258 TFUE au lieu de l'article 7 TUE. Même si l'article 7 TUE devrait *a priori* prévaloir sur la procédure générale en infraction en vertu du principe de spécialité, l'application de l'article 258 TFUE paraît raisonnable dans la mesure où la Commission démontre la violation des règles du traité autres que l'article 2 TUE. Quoiqu'il en soit, il convient aussi de noter à cet égard que le vice-président de la Cour, par ordonnance du 19 octobre 2018 adoptée *inaudita altera parte* et donc véritablement insolite dans sa jurisprudence, à la demande de la Commission, après avoir constaté l'existence d'un *fumus bonis iuris* et l'urgence d'adopter des mesures provisoires, a souligné que : « L'exigence d'indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment, de la valeur de l'État de droit »⁴⁶, ainsi que « La violation d'un droit fondamental tel que le droit fondamental à un tribunal indépendant, consacré à l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, est ainsi susceptible, en raison de la nature même du droit violé, de donner lieu par elle-même à un préjudice grave et irréparable »⁴⁷. En plus, sur la base d'une approche qui n'est pas usuelle dans

⁴⁵ Pour les références voy., R. Baratta, « Rule of Law 'Dialogues' Within the EU: A Legal Assessment », *op. cit.*, p. 362-363.

⁴⁶ Ordonnance du Président de la Cour, 19 octobre 2018, C-619/18, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2018:852, point 21.

⁴⁷ *Ibid*, point 22. Il convient de rappeler qu'en 2017 la grande chambre de la Cour de justice avait déjà adopté une ordonnance inhabituelle dès lors d'une procédure en manquement contre la Pologne, en lui imposant une astreinte

sa jurisprudence, par ordonnance du 15 novembre 2018, le Président de la Cour de justice a soumis la même affaire à la procédure accélérée, en rejetant l'opposition de la Pologne. Pour l'essentiel, la motivation de la Cour se fonde sur le fait que les doutes de nature systémique concernant la violation des garanties permettant d'assurer l'indépendance de l'instance judiciaire suprême d'un État membre seraient propres à engendrer une insécurité juridique et à entraver le bon fonctionnement de l'ordre juridique de l'Union, de telle sorte qu'il y a lieu de statuer rapidement sur le litige afin de limiter cette période d'incertitude. Selon le Président ces incertitudes sont également susceptibles d'avoir un impact sur le fonctionnement du système de coopération judiciaire qu'incarne le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE, « clé de voûte du système juridictionnel de l'Union européenne », auquel l'indépendance des juridictions nationales, et notamment celle des juridictions statuant en dernier ressort, est essentielle⁴⁸. En outre, strictement parlant, rien n'empêcherait un État membre d'avoir recours à l'instrument de procédure d'infraction interétatique (art. 259 du TFUE) pour contester la violation systématique des valeurs fondatrices de l'Union par un autre État membre. Néanmoins, l'usage très limité de cet instrument dans la pratique, d'un côté, et les sentiments de solidarité mutuelle qui caractérisent souvent les relations entre les gouvernements nationaux de l'autre, nous amènent à penser que cette hypothèse n'est pas capable d'apporter un surcroît d'efficacité.

5.2. *Le recours préjudiciel*

Le deuxième instrument de réaction est fondé sur les juges nationaux qui peuvent et parfois doivent soulever, même sur impulsion des individus concernés, des questions focalisées sur la violation systémique des valeurs et des droits fondamentaux au sein d'un État membre. La décision rendue dans la décision préjudicielle dans l'affaire *LM*, dont j'ai déjà mentionné, est significative à cet égard. Il convient d'ajouter que, dans la mesure où la rupture des obligations fondamentales *erga omnes partes* est en jeu, la réaction généralisée et décentralisée déclenchée par des recours individuels requiert nécessairement la coopération des juges nationaux. Lorsqu'ils sont demandés à prêter leur activité de coopération judiciaire aux tribunaux de l'État dans lesquels le respect des principes de la légalité et de l'État de droit est

en cas de non-respect des mesures provisoires adoptées par le juge des référés afin de « garantir l'application effective du droit de l'Union, laquelle est inhérente à la valeur de l'État de droit consacrée à l'article 2 TUE et sur laquelle l'Union est fondée » (ordonnance 20 novembre 2017, C-441/17 R, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2018:255, point 102).

⁴⁸ Ordonnance du Président de la Cour, 15 novembre 2018, C-619/18, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2017:877, point 21.

menacé, ils devraient se sentir particulièrement impliqués, voire affectés par la prétendue violation de ces principes. Dans cette logique, la juridiction de renvoi ne devrait pas acquiescer au fait qu'un autre État membre n'est pas en mesure de respecter les valeurs fondatrices du processus d'intégration européenne. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice se révèle un outil assez approprié pour réaliser un contrôle décentralisé du respect des droits fondamentaux et des valeurs.

CONCLUSIONS

Pour conclure, le système juridique de l'Union nous paraît assez bien équipé « sur papier » par rapport au respect des droits humains et de valeurs. Ce système exprime désormais une « communauté de droits et des valeurs », et non plus simplement un système mercantiliste fondé sur la création du marché intérieur. Bien qu'il nécessite d'être amélioré, il s'agit, à mon sens, d'un ensemble de « metanorme » (*ground rules*) susceptible de façonner l'identité européenne afin qu'elle puisse progresser, à terme, vers une communauté plus homogène de peuples. À titre complémentaire il convient de noter qu'il y a aussi un aspect important qu'il faut toujours avoir à l'esprit quand l'individu fait valoir ses droits, c'est-à-dire la responsabilité de chacun de contribuer au bien-être public.

La crise du processus d'intégration européenne, pourtant, est là. Peut-être, pourrait-on dire, elle est surtout une crise qui se focalise sur les institutions politiques, dans la mesure où la politique européenne n'a pas été capable de surmonter le grand écart entre le « papier », d'une part, et la vie réelle des peuples européens, d'autre part.

Aujourd'hui la construction européenne est face à un véritable dilemme. Continuera-t-il, son chemin vers un processus d'intégration européenne ? Sera-t-il en condition de se substituer aux États-nations ? Ce serait prématuré de l'affirmer. Personne ne le sait. On est, semble-t-il, sur une ligne de crête où l'on ne sait de quel côté le processus d'intégration peut basculer. Le meilleur étant qu'il puisse continuer avec des réformes partagées par les peuples européens. Le pire, la dissolution du projet des pères fondateurs, n'étant pas sûr, mais pas impossible non plus.

LE RÔLE DE L'INSTANCE PROVISoire DE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES PROJETS DE LOI EN PÉRIODE DE TRANSITION

Leïla Chikhaoui-Mahdaoui*

Table des matières

ABOUT LEILA CHIKHAOUI-MAHDAOUI.....	42
À PROPOS DE LEILA CHIKHAOUI-MAHDAOUI	43
INTRODUCTION	44
1. UN ROLE NECESSAIRE.....	48
1.1. LA CONSECRATION CONSTITUTIONNELLE DE L'INSTANCE.....	49
1.2. L'AMENAGEMENT LEGAL DU ROLE DE L'INSTANCE.....	52
2. UN ROLE PRECURSEUR.....	61
2.1. L'AMORCE DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A <i>PRIORI</i>	62
2.2. L'EXPERIMENTATION DE LA PROCEDURE DE RENVOI DES PROJETS AU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE	68
CONCLUSION.....	75

* Professeure en droit public à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis - Université de Carthage. Membre de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi (IPCCPL).

Abstract

On the 27th of January 2014, Tunisia adopted a new Constitution, the drafting process of which remains unique in a country emerging from two successive dictatorships, one described as "enlightened" and the other as "responsible". The new "Political-Social Contract" has enshrined principles that are now universal (freedom, equality, justice, fair trial, etc.), as well as many 2nd and even 3rd generation human rights (right to water, health, a healthy environment, etc.) that no amendment can call into question (art. 49 of the same text). In order to strengthen the operational value of these principles, a court in charge of controlling the conformity of future laws with the Constitution, called the "Constitutional Court" has also been created. However, pending the establishment of the country's first Constitutional Court, the new Constitution provides for the creation of an "interim body responsible for reviewing the constitutionality of draft laws", the term of which has been scheduled, since it is intended to cease to its contribution to the constitutionality review in Tunisia, through the examination of the missions for which it has been entrusted and the case law it has produced in 4 years of existence (2014-2018), from which we deduce both the usefulness and even the necessity of its existence during this period of transition to democracy, as well as the relevance of its interventions, however controversial they may have been, in the perspective of the advent of the Constitutional Court, of which it has been constitutionally designated as the predecessor.

Résumé

La Tunisie s'est dotée le 27 janvier 2014 d'une nouvelle Constitution, dont le processus d'élaboration demeure unique en son genre au sein d'un pays sortant de deux dictatures successives, l'une qualifiée d'« éclairée » et la seconde dite « responsable ». Le nouveau « Contrat politico-social » a consacré des principes désormais universels (liberté, égalité, justice, procès équitable...), ainsi que de nombreux droits de l'homme de 2^e et même de 3^e génération (droit à l'eau, à la santé, à un environnement sain...) qu'aucun amendement ne saurait remettre en cause (art. 49 du même texte). Afin de renforcer la valeur opérationnelle de ces principes, une juridiction chargée de vérifier la conformité des futures lois à la Constitution, dénommée « Cour constitutionnelle », a également été créée. Toutefois, en attendant la mise en place de la première Cour Constitutionnelle du pays la nouvelle Constitution a prévu la création d'une « instance provisoire chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi » dont le terme a été programmé, puisqu'elle a vocation à

cesser d'exister dès « l'installation de la Cour constitutionnelle ». Évoquer le rôle de cette instance en période de transition invite le juriste à s'interroger sur son apport au contrôle de constitutionnalité en Tunisie, à travers l'examen des missions dont elle a été chargée et de la jurisprudence qu'elle a produite en 4 ans d'existence (2014-2018), d'où on déduit à la fois l'utilité, voire la nécessité de son existence au cours de cette période de transition vers la démocratie, ainsi que la pertinence de ses interventions, aussi controversées aient-elles pu être, dans la perspective de l'avènement de la Cour constitutionnelle, dont elle a été constitutionnellement désignée comme étant la devancière.

ABOUT LEILA CHIKHAOUI-MAHDAOUI

Leila Chikhaoui-Mahdaoui is Professor of Public Law at the Faculty of Legal, Political and Social Sciences of Tunis (University of Carthage) and member of the Provisional Committee for the Control of the Constitutionality of Draft Laws.

Doctor of Law from the University Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she completed a thesis on the financing of environmental protection under the supervision of Jacqueline Morand-Deville, she is the author of numerous articles and books. These include her *Précis de finances publiques* (C.P.U., 2004), *L'environnement : aspects financiers* (C.P.U., 1999), and *Comptabilité publique* (C.P.U., 2012 in collaboration with Prof. Néjib Belaïd). A specialist in public financial law, environmental law (domestic and international) and constitutional law. Since 2013, Leila Chikhaoui-Mahdaoui has been directing the Master's degree in environmental law at the Faculty of Legal, Political and Social Sciences in Tunis and was appointed, in 2014, to the Provisional Committee for the Control of the Constitutionality of Draft Laws, created on the basis of the new Tunisian Constitution adopted the same year. The purpose of this body is to precede the establishment of a Constitutional Court which, to this date, has not yet been established. It is precisely this provisional institution that is the subject of this contribution.

Due to her strong legal skills, Leila Chikhaoui-Mahdaoui is regularly invited to the Sorbonne Law School by Professor Marie-Anne Cohendet and has given a number of lectures. The Sorbonne Student Law Review is pleased to publish this article, which provides a detailed presentation seen by one of its members of an institution whose nature and functions raise numerous questions and are a particularly interesting example, to both the publicist and the comparative lawyer, of the progressive establishment of a constitutionality review mechanism.

Paul Heckler
Editor-in-Chief of the Sorbonne Student Law Review
Doctoral Fellow at the Sorbonne Law School

À PROPOS DE LEILA CHIKHAOUI-MAHDAOUI

Leila Chikhaoui-Mahdaoui est Professeure en droit public à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis (Université de Carthage) et membre de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi.

Docteure en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, où elle avait réalisé une thèse portant sur le financement de la protection de l'environnement sous la direction de Jacqueline Morand-Deville, elle est autrice de nombreux articles et ouvrages. On peut notamment citer son *Précis de finances publiques* (C.P.U., 2004), *L'environnement : aspects financiers* (C.P.U., 1999), *Comptabilité publique* (C.P.U., 2012 en collaboration avec le Pr. Néjib Belaïd). Spécialiste des questions de droit public financier, de droit de l'environnement (interne et international) et d'éléments de droit constitutionnel, Leila Chikhaoui-Mahdaoui dirige depuis 2013 le mastère en droit de l'environnement à la Faculté des sciences juridiques, politique et sociale de Tunis et a été nommée, en 2014, à l'Instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi, créée sur la base de la nouvelle constitution tunisienne adoptée la même année. L'instance a vocation à précéder l'établissement d'une Cour constitutionnelle qui, à cette date, n'a pas encore vu le jour. C'est précisément cette institution provisoire qui est l'objet de la présente contribution.

En raison de ses grandes qualités juridiques, Leila Chikhaoui-Mahdaoui est régulièrement invitée à l'École de droit de la Sorbonne par Madame la Professeure Marie-Anne Cohendet et y a donné un certain nombre de conférences. La Sorbonne Student Law Review – Revue juridique de la Sorbonne est heureuse de publier le présent article, qui offre une présentation détaillée vue par l'un de ses membres d'une institution dont la nature et les fonctions interpellent et présente un exemple particulièrement intéressant, tant pour le publiciste que pour le comparatiste, de l'établissement progressif d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité.

Paul Heckler

Rédacteur en Chef de la Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
Doctorant contractuel à l'École de droit de la Sorbonne

INTRODUCTION

Évoquer le rôle de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi (ci-après IPCCPL) en période de transition invite le juriste à s'interroger sur l'apport de cette instance au contrôle de constitutionnalité en Tunisie, à travers l'examen des missions dont elle a été chargée et de la jurisprudence qu'elle a produite en quatre ans d'existence (2014-2018), d'où on déduit à la fois l'utilité, voire la nécessité de son existence au cours de cette période de transition vers la démocratie ; ainsi que la pertinence de ses interventions, aussi controversées aient-elles pu être, dans la perspective de l'avènement de la Cour constitutionnelle, dont elle a été constitutionnellement désignée comme étant la devancière... Mais avant de poursuivre, il convient de s'arrêter sur quelques définitions et délimitations préliminaires.

En effet, l'IPCCPL étant une juridiction constitutionnelle, elle présente un certain nombre de caractéristiques touchant aussi bien sa composition que ses compétences et attributions, la plus importante d'entre elles étant sa capacité à prendre des décisions s'imposant à tous les pouvoirs publics, contrairement à son ancêtre le Conseil Constitutionnel, créé par voie décrétole en 1987, légalisé en 1990 et constitutionnalisé en 1995, dont la saisine était extrêmement limitée (uniquement le Président de la République) et les compétences uniquement consultatives¹.

Il s'agit en outre d'une juridiction dont l'existence est liée à une période particulière, ce qui transparaît dans sa dénomination, vu qu'elle a été qualifiée de « provisoire »² dès sa création

¹ L'intervention du Conseil constitutionnel était obligatoire dans plusieurs cas cités par la Constitution de 1959 et aboutissait à l'expression d'avis publiés en versions arabe et française, largement étudiés par la doctrine, jusqu'à sa suspension début 2011. Pour rappel, le Conseil constitutionnel avait été créé la première fois en Tunisie par le décret n° 87-1414 du 16 décembre 1987 (JORT n° 88 du 18 décembre 1987, p. 1546), abrogé et remplacé par la loi n° 90-39 du 18 avril 1990 relative au Conseil constitutionnel, ensuite constitutionnalisé par la loi constitutionnelle n° 95-90 du 6 novembre 1990 ajoutant à la Constitution du 1^{er} juin 1959 un chapitre IX consacré à cet organe (JORT n° 90 du 10 novembre 1995), complété par la loi constitutionnelle n° 2002-51 du 1^{er} juin 2002 ; tandis que son organisation et son fonctionnement ont été fixés par la loi organique n° 2004-52 du 12 juillet 2004 (JORT n° 56 du 13 juillet 2004, p. 1812), complétée par le décret n° 2004-1562 du 14 juillet 2004 relatif à la tenue spéciale des membres du Conseil Constitutionnel (JORT n° 57 du 16 juillet 2004, p. 1844). Suite aux événements qualifiés de « révolution » ayant touché le pays à partir du 17 décembre 2010 (immolation du jeune Bouazizi dans le sud tunisien) jusqu'au 14 janvier 2011 (départ de l'ex-Président Ben Ali) et au-delà, le décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics a suspendu la Constitution du 1^{er} juin 1959 et dissous tous les corps constitués (Assemblée nationale en ses deux chambres, Conseil économique et social, Conseil constitutionnel) ; organisé provisoirement le fonctionnement des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire), en étendant notamment le champ d'application du domaine des décrets-lois à « toute matière relevant du domaine de la loi », en maintenant uniquement les missions de la Cour des Comptes et du Tribunal Administratif (JORT n° 20 du 25 mars 2011, p. 363-365).

² Sur la notion de « provisoire », voy. P. Amselek, « Enquête sur la notion de 'provisoire' », in A., Vidal-Naquet (dir.), *Le provisoire en droit public*, Dalloz, 2009, p. 1-16.

par l'article 148, al. 7 de la Constitution du 27 janvier 2014, par opposition au caractère « permanent » de la Cour Constitutionnelle, créée par l'article 118 du même texte et ayant vocation à lui succéder *ipso facto*, dès la désignation de ses 12 membres...

En effet, la Tunisie s'est dotée le 27 janvier 2014 d'une nouvelle Constitution, dont le processus d'élaboration demeure unique en son genre au sein d'un pays sortant de deux dictatures successives, l'une qualifiée d' « éclairée » et la seconde dite « responsable ».

Le nouveau « contrat politico-social » a consacré des principes désormais universels (liberté, égalité, justice, procès équitable...), ainsi que de nombreux droits de l'homme de deuxième et même de troisième génération (droit à l'eau, à la santé, à un environnement sain...) qu'aucun amendement ne saurait remettre en cause (art. 49 du même texte).

Afin de renforcer la valeur opérationnelle de ces principes, une juridiction chargée de vérifier la conformité des futures lois à la Constitution, dénommée « Cour constitutionnelle » et régie par les articles 118 à 124 du nouveau texte suprême, situés au sein du Titre II du Chapitre V de la Constitution, consacré au « pouvoir judiciaire », a également été créée. Toutefois, en attendant la mise en place de la première Cour Constitutionnelle du pays, l'article 148, al. 7 de la nouvelle Constitution a prévu la création d'une « instance provisoire chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi » dont le terme a été programmé, puisqu'elle a vocation à cesser d'exister dès « l'installation de la Cour constitutionnelle ».

Pour sa part, la transition est ce qui caractérise le passage d'un état de choses à un autre, une sorte de « transit » entre un « avant » (ici la « Dictature ») et un « après » (la « Démocratie »), sorte de « *no man's land* » dans lequel s'est insérée l'IPCCPL pour jouer le rôle délicat qui lui a été dévolu par la Constitution, puis par la loi n° 2014-14 relative à son organisation et à son fonctionnement, en attendant l'instauration de la « vraie » Cour Constitutionnelle, comme si elle n'était qu'un « brouillon » ou une pâle esquisse de la juridiction à venir...³

Ceci nous amène à préciser que seul le rôle de l'IPCCPL en période de transition fait l'objet de la présente étude, qui n'empiète pas sur la présentation du rôle de la Cour constitutionnelle, sauf, le cas échéant, s'il convient de préciser certains éléments afin de

³ Pour une étude de la question, voir A. Ghachem, « Le 'Provisoire' dans la dénomination de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois : quelle signification ? », *Propos introductifs, in Actes des Journées Abdelfattah Amor*, 25-26 janvier 2018, consacrés à « La jurisprudence de l'IPCCPL », ATDC, à paraître.

comparer ses compétences et attributions, ou encore sa composition et son fonctionnement par rapport à ceux de cette dernière et uniquement pour illustrer la réflexion à ce sujet.

D'un point de vue historique, l'apparition du contrôle de constitutionnalité est relativement récente dans le monde, si on le mesure à l'aune des démocraties occidentales contemporaines⁴.

En effet, s'il était en germe dans la théorie de l'État de droit et de la primauté de la loi des philosophes anglais et européens du siècle des Lumières, ainsi que dans les discours de certains hommes politiques (e.g. E.-J. Sieyès⁵) issus de la Révolution française⁶, c'est de l'autre côté de l'Atlantique qu'il a réellement vu le jour, lorsqu'un juge a écarté pour la première fois l'application d'une loi fédérale (en vigueur) pour non-conformité à la Constitution fédérale (affaire *Marbury v. Madison*, Cour suprême des États-Unis, 24 février 1803), marquant ainsi la naissance du « *judicial review* » (contrôle *a posteriori*)⁷.

En Autriche, un Tribunal d'Empire a été mis en place en 1867 pour statuer sur les recours individuels dirigés contre les actes de l'exécutif portant atteinte à l'un des droits fondamentaux garantis par la Constitution, mais c'est en Suisse qu'un modèle de contrôle de constitutionnalité particulièrement protecteur, encore en vigueur de nos jours, a été institué par la Constitution de 1874⁸.

Progressivement, des juridictions constitutionnelles sont apparues partout dans le monde, de l'Amérique latine à l'Europe centrale et l'Afrique, et même à l'échelle supra nationale, avec l'institution, par le Conseil de l'Europe, de la Cour européenne des droits de l'homme (21 janvier 1959).

En France, c'est la Constitution de la V^e République (1958) qui a créé le Conseil constitutionnel actuellement en place, composé de neuf « sages » auxquels s'ajoutent, ès qualités, tous les anciens présidents de la République.

⁴ Voy. P. Pasquino, « Le contrôle de constitutionnalité, généalogie et morphologie », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2010, n° 28, p. 14-23.

⁵ Voir B. Nicolle, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, La jurie constitutionnaire de Sieyès*, mémoire, DEA en droit public, Paris X, 1990, p. 38.

⁶ M. Gauchet, *La révolution des pouvoirs*, Gallimard, 1995.

⁷ Voy. E. Zoller, *Les Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, coll. Les Grands Arrêts, 1^{ère} éd., 2010, p.1-28.

⁸ Voy. A. Jomini, « Présentation du Tribunal Fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2005, n° 18, p. 12-21.

À l'origine, il n'avait vocation qu'à exercer un contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* et sa saisine n'a été ouverte aux parlementaires qu'en 1974 (60 députés ou 60 sénateurs). Il a désormais aussi la possibilité d'exercer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* depuis la révision constitutionnelle du 23 janvier 2008, qui a introduit la possibilité pour toute partie à un litige de soulever devant n'importe quel tribunal une « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC), à charge de transmission, d'abord, à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, puis éventuellement, sous réserve du respect d'un ensemble de conditions préalables, au Conseil constitutionnel appelé à se prononcer sur la conformité à la Constitution du texte applicable à ce litige, ce qui peut aboutir à l'écartier définitivement de l'ordonnement juridique en vigueur⁹.

Le législateur constituant tunisien de 2014 s'est inspiré de ce modèle lorsqu'il a créé la Cour constitutionnelle (art. 118 et suivants de la Constitution), que diverses spécificités caractérisent cependant, telles que sa composition paire (12 membres) ou encore l'exclusion du contentieux électoral de son domaine de compétence, la « tradition » juridique l'attribuant au tribunal administratif¹⁰.

En tout état de cause, les fondements du contrôle de constitutionnalité ont été posés dans notre pays, traduisant la volonté des constituants de faire prévaloir la primauté de la Constitution en tant que norme suprême s'imposant non seulement aux pouvoirs exécutif et judiciaire, mais encore au législatif lui-même, chargé d'adopter la loi, expression de la volonté générale des représentants du peuple et qui admet donc difficilement un censeur, notamment composé de spécialistes/techniciens du droit et non d'élus, par conséquent privés de toute « légitimité des urnes »...¹¹

Non content de créer une juridiction constitutionnelle, le législateur constituant de 2014 a aussi créé, en attendant la mise en place de cette future Cour, une Instance provisoire chargée d'une partie des missions de la Cour, illustrant ainsi tout l'intérêt d'une étude de son rôle en période de transition, non seulement d'un point de vue théorique afin d'en analyser les fondements et la portée, mais encore d'un point de vue pratique permettant d'en évaluer

⁹ Voy. H. Roussillon et P. Esplugas, *Le Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 8^e éd., 2015.

¹⁰ Voy. aussi la loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la Cour constitutionnelle (JORT n° 98 du 8 décembre 2015, p. 2926).

¹¹ Voy. W. Hanafi, *L'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois*, mémoire, Master en droit public et financier, FSJPS, Tunis, 2016.

concrètement l'organisation et le fonctionnement, les procédures suivies devant elle et la manière dont elle a exercé ses missions au cours de cette brève période.

À cet égard, on peut notamment se demander s'il n'aurait pas été plus pertinent d'attendre l'instauration de la Cour constitutionnelle telle que prévue par l'article 118 de la Constitution, sans s'encombrer d'une nouvelle institution et de procédures superflues ?

Il est en effet légitime de s'interroger sur le fondement de la mise en place d'une instance chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi en période de transition. Quelle est son utilité ? Quel est son apport et la « plus-value » qu'elle peut apporter au contrôle de constitutionnalité ?

Cette interrogation est loin d'être une simple figure de style, car quatre ans après la promulgation de la Constitution, ladite Cour n'a pas encore été mise en place, ni ses membres désignés (avril 2018) ; alors que la loi organique afférente a été adoptée en décembre 2015 et que les organes chargés de désigner ses douze futurs membres, à raison de quatre chacun, ont bien été démocratiquement élus (Président de la République et Assemblée nationale constituante (ANC) en 2014, Conseil supérieur de la magistrature entre fin 2016 et début 2017)...

Ceci nous amène à tenter d'analyser le rôle de la juridiction constitutionnelle « provisoire » en période de transition, lequel apparaît non seulement nécessaire d'un point de vue juridique au sein d'un État qui se veut désormais démocratique et qui prône la primauté du droit (I), mais encore précurseur et annonciateur de l'avenir du contrôle de constitutionnalité en Tunisie (II).

1. UN ROLE NECESSAIRE

L'institution d'un contrôle de constitutionnalité parachève la théorie de l'État de droit et consacre la primauté de la Constitution en tant que norme suprême. Par conséquent, la création de l'IPCCPL par l'article 148, al. 7 de la Constitution du 27 janvier 2014 est venue répondre à un besoin évident, celui de combler le « vide » qu'aurait connu le contrôle de constitutionnalité entre la date de promulgation de la Constitution et celle de la mise en place effective de la Cour constitutionnelle créée par l'article 118 du même texte, organisée par la loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015, mais dont les futurs membres attendaient encore d'être désignés quatre ans après la promulgation de la Constitution, d'où la pertinence de la création de l'IPCCPL par la Constitution (1.1) et de son aménagement concret par la loi

organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 précisant son organisation et son fonctionnement pour lui permettre, justement, de commencer à remplir son rôle dans les délais constitutionnels¹² (1.2).

1.1. La consécration constitutionnelle de l'Instance

L'Assemblée nationale constituante qui a élaboré la Constitution et qui s'est chargée de continuer à légiférer – dans les limites de l'objet prévu par la Constitution – jusqu'à la mise en place de l'Assemblée des représentants du peuple (ARP), a choisi de son plein gré de se soumettre – dans l'intervalle séparant l'adoption de la Constitution de la mise en place effective des nouvelles institutions démocratiques – au contrôle d'une instance chargée de protéger sa propre œuvre (la Constitution), initiative que l'on ne peut que saluer dans le contexte post-révolutionnaire et qui, hormis l'exemple portugais (toutes proportions gardées), n'a pas connu de similaire en droit comparé¹³!

En effet, dans le contexte de la transition, le pouvoir constituant ayant élaboré la Constitution était lui-même le législateur édictant les lois, et ce, jusqu'à la mise en place des nouvelles institutions publiques issues des urnes et il avait clairement été indiqué au niveau des dispositions qu'« à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution, aucune proposition de loi présentée par les députés n'est recevable, sauf si elle est relative au processus électoral, au système de la justice transitionnelle ou aux instances issues des lois adoptées par l'Assemblée nationale constituante » (art. 148, 1, al. 3 de la Constitution), tandis qu'aucune limitation similaire n'avait été émise concernant les « projets de lois » émanant des autres instances habilitées par la Constitution à lancer la procédure législative (Chef du gouvernement et Président de la République selon l'article 62 de la Constitution).

Il était donc nécessaire de protéger le nouveau texte des risques d'empiètement du législateur, d'abord constituant, puis ordinaire ; et c'est pour conforter l'existence de sa propre œuvre que le pouvoir constituant a choisi de créer l'IPCCPL pour se soumettre ensuite, sous sa

¹² JORT n° 32 du 22 avril 2014.

¹³ En fait, dans le cadre de la structure constitutionnelle provisoire mise en place après la Révolution démocratique du 25 avril 1974 au Portugal, le contrôle abstrait de constitutionnalité avait été confié au Conseil de la Révolution qui était compétent pour déclarer avec force obligatoire générale l'inconstitutionnalité de toute norme et ce système a été maintenu après l'adoption de la Constitution de 1976, combinant le contrôle judiciaire diffus et le contrôle non judiciaire abstrait. Voy. V. Moreira, « Le Tribunal constitutionnel portugais : le 'contrôle concret' dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, mai 2001, n° 10, p. 15-25.

casquette de législateur « provisoire » jusqu'à l'élection de l'Assemblée des représentants du peuple en octobre 2014, à une autorité qu'il a lui-même créée !

Si un tel organe n'avait pas été créé, il aurait fallu attendre la mise en place de la Cour constitutionnelle pour pouvoir assister à un début de contrôle de constitutionnalité en Tunisie et sachant que la mise en place de cette juridiction était tributaire de celle des instances chargées d'en désigner les douze membres (ARP, Président de la République et CSM), un laps de temps d'au moins trois ans aurait pu s'écouler sans aucun contrôle¹⁴.

La réalité politique a en outre prolongé ce délai en dépit de la mise en place de toutes les instances chargées de désigner, à raison de groupes de quatre, les douze membres de la Cour constitutionnelle, laquelle n'a donc pas pu être formée, rendant l'existence de l'IPCCPL d'autant plus précieuse, en dépit des critiques qui lui ont été adressées, puisqu'en l'absence de Cour Constitutionnelle, un temps relativement long aurait pu s'écouler sans aucun contrôle du respect de la lettre ou de l'esprit du nouveau texte suprême, d'où un risque de le vider de son sens avant même qu'il n'ait commencé à connaître un début d'application.

C'est dans ce sens que l'article 148 al. 7 de la Constitution avait prévu ce qui suit : « Au cours des trois (3) mois qui suivent la promulgation de la Constitution, l'Assemblée nationale constituante crée par loi organique une instance provisoire chargée du contrôle de constitutionnalité des projets de loi... ». Le même article de la Constitution a également fixé la composition de l'IPCCPL, à savoir : trois membres désignés *ès qualités*, à savoir le Premier président de la Cour de cassation (Président), le Premier président du tribunal administratif et le Premier président de la Cour des comptes, respectivement premier et deuxième vice-présidents, censés maîtriser en pratique l'application de la norme ; magistrats de haut niveau, habitués à rendre la justice et à « dire le droit »... et trois autres membres spécialisés en droit « nommés chacun à égalité entre eux par le Président de l'ANC, le Président de la République et le Chef du gouvernement ».

La parité ne faisait pas partie des critères de désignation des membres de l'IPCCPL, mais une femme y a cependant été nommée en sa qualité de professeure de droit public.

¹⁴ L'élection de l'Assemblée des représentants du peuple a eu lieu en octobre 2014 et celle du Président de la République en novembre de la même année. Quant au Conseil supérieur de la magistrature, il a fait l'objet d'un projet de loi soumis à l'IPCCPL en mai 2015 (et à une décision d'inconstitutionnalité, puis à une décision de renvoi au Président de la République) avant son adoption par la loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature (JORT n° 35 du 29 avril 2016, p. 1395), telle que complétée et modifiée par la loi organique n° 2017-19 du 18 avril 2017 (JORT n° 31 du 18 avril 2017, p. 1443).

Une remarque s'impose à cet égard concernant cette composition issue d'un consensus politique lors du vote de l'article 148 de la Constitution. En effet, si les trois membres spécialistes (deux professeurs en droit public et un professeur en droit privé) sont demeurés en poste pendant toute la durée de fonctionnement de l'IPCCPL (d'avril 2014 jusqu'à la mise en place de la Cour Constitutionnelle), des changements à la tête de la Cour de cassation, du tribunal administratif et de la Cour des comptes, ont entraîné, par voie de conséquence directe, des modifications dans la composition de l'IPCCPL qui n'ont pas manqué de se répercuter sur sa capacité à exercer son rôle¹⁵.

La Constitution a en effet chargé l'IPCCPL du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi jusqu'à la mise en place de la Cour Constitutionnelle, date à laquelle ses fonctions ont vocation à s'achever « ipso facto » tout en ajoutant que : « Les tribunaux ordinaires sont réputés incompetents pour contrôler la constitutionnalité des lois » (art. 148, al. 7 *in fine*).

Cette précision était-elle nécessaire alors que le contrôle de la constitutionnalité, par voie d'action ou d'exception, *a priori* ou *a posteriori*, a en tout état de cause été confié à une instance constitutionnelle, les tribunaux n'étant que des « courroies de transmission » chargées de transmettre les éventuelles exceptions d'inconstitutionnalité à qui de droit, et ce, d'autant plus que l'art. 102 de la même Constitution affirme sans ambiguïté aucune que la justice est garante de la « suprématie de la Constitution » ?

Ainsi, si l'article 148, al. 7 *in fine* dénie toute possibilité aux tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois, il ne les empêche pas de transférer les exceptions d'inconstitutionnalité à l'IPCCPL... Ce qui ne s'est pas produit en pratique (avril 2018).

On note en tout état de cause une défiance à l'égard du juge constitutionnel, fût-il provisoire, et c'est ce qui explique la nature de l'IPCCPL, le caractère limité de sa mission,

¹⁵ Ainsi, un mois avant la promulgation de la loi relative à l'IPCCPL (mars 2014), la première présidente du TA avait été remplacée alors qu'elle n'avait pas encore atteint l'âge légal du départ à la retraite, tandis qu'en avril 2015, la durée d'exercice des fonctions de son successeur a été prolongée d'une année alors qu'il avait, pour sa part, atteint l'âge de départ à la retraite (avec force commentaires médiatisés...). En août 2015, le départ à la retraite du premier président de la Cour de cassation a entraîné *ipso facto* le remplacement du président de l'IPCCPL par son successeur et, en avril 2016, le départ à la retraite du premier président du TA, en même temps premier vice-président de l'IPCCPL, a donné lieu à un autre changement de composition des membres de l'Instance, alors que celle-ci était en train d'examiner le projet de loi sur le Conseil supérieur de la magistrature, suite à une deuxième lecture par l'ARP. En novembre 2016, le départ à la retraite d'un autre Premier président de la Cour de cassation s'est traduit par un vide à la tête de l'Instance, qui est demeurée présidée par son premier Vice-président (Premier président du TA) jusqu'à la désignation d'un nouveau Premier président de la Cour de cassation plusieurs mois plus tard (juin 2017), retard dû à des tractations politiques, sachant qu'en janvier 2017, le Premier président de la Cour des comptes est également parti à la retraite et qu'un nouveau Premier président n'a été nommé qu'en juin 2017, ce qui signifie concrètement qu'entre novembre 2016 et juin 2017, l'Instance a fonctionné avec seulement quatre juges constitutionnels...

ainsi que ses règles de fonctionnement, le contexte post-révolutionnaire de sa consécration étant pour beaucoup dans les limitations dont son action a été entourée.

Ainsi, pour mieux comprendre le rôle de l'IPCCPL en période de transition, il convient de s'arrêter sur son caractère *sui generis* tel qu'il résulte non seulement de la Constitution qui l'a créée, mais encore de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 qui en a aménagé l'organisation et le fonctionnement.

1.2. L'aménagement légal du rôle de l'Instance

Le rôle de la juridiction « provisoire » chargée de veiller à ce que le législateur constituant, puis ordinaire, ne viole pas le texte suprême et respecte à la fois son esprit et son texte, a été encadré par les dispositions de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014.

L'article 1^{er} de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 relative à l'IPCCPL précise qu'il s'agit d'une instance juridictionnelle, ce qui signifie qu'elle est dotée du pouvoir de juger, de trancher un litige ou, en l'espèce, de déclarer officiellement qu'une ou plusieurs dispositions d'un projet de loi soumis à son examen sont conformes (ou non) à la Constitution.

Alors qu'une juridiction au sens strict devrait être composée exclusivement de magistrats et soumise au contrôle d'une autorité supérieure, une « autorité juridictionnelle » peut ne pas être composée exclusivement de magistrats et peut aussi être indépendante, ce qui est notamment le cas de l'IPCCPL selon le texte qui en aménage l'organisation et le fonctionnement¹⁶.

Pour exercer ses missions et sans bénéficier d'une quelconque personnalité morale puisqu'elle constitue une émanation de l'État lui-même, l'IPCCPL a été dotée de l'autonomie administrative et financière, qui lui permet de s'organiser et de s'administrer dans « le cadre du budget de l'État » dont elle relève.

Pour s'auto-administrer l'IPCCPL a aussi été dotée de la faculté – et non de l'obligation – d'élaborer son Règlement intérieur, à publier ensuite au Journal officiel. Toutefois, l'Instance n'a pas usé de cette faculté, bien qu'elle ait élaboré un projet dans ce sens quelques semaines après l'investiture de ses six membres, mais les fréquents changements à sa tête n'ont pas permis de le finaliser (octobre 2018), alors qu'une formalisation de l'organisation du travail en

¹⁶ R. Perrot, *Les institutions judiciaires*, Montchrestien, 14^e éd., 2010, p. 24.

son sein aurait sans doute gagné à être publiée dans l'intérêt de la transparence et de la bonne gouvernance.

L'IPCCPL est aussi une autorité juridictionnelle indépendante, ce qui est une exigence évidente pour une instance chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et qu'il convient de comprendre comme une « indépendance » des membres par rapport aux trois autorités politiques chargées d'en désigner la moitié (Président de la République, Président de l'Assemblée nationale constituante et Chef du gouvernement).

Pour éclairer cette condition liée à la qualité de membre, au même titre que l'intégrité (garantie par une déclaration de patrimoine) et, de nouveau l'indépendance, il convient de rappeler la subtile distinction du professeur Eisenmann entre indépendance et impartialité.

Selon lui, l'impartialité des membres d'un organe quelconque constitue un moyen d'atteindre l'indépendance de cet organe et n'est pas incompatible avec leur désignation par un organe politique, car il convient surtout qu'ils échappent ensuite à l'influence de celui qui les a choisis et n'aient plus rien à craindre ni à attendre de son pouvoir¹⁷.

Pour garantir l'impartialité des membres dans le cas d'espèce, cinq catégories d'incompatibilités à caractère politique ont ainsi été prévues par la loi relative à l'IPCCPL concernant la qualité de membre (art. 5 de la loi du 18 avril 2014), complétées par la référence à l'engagement d'accomplir leurs fonctions en toute « loyauté, fidélité et impartialité », prononcée dans le cadre de leur serment d'investiture, tout comme par l'interdiction faite aux six membres de faire ensuite partie de la future Cour constitutionnelle (art. 6 de la loi du 18 avril 2014), dispositions pourtant absentes du texte constitutionnel lui-même... Mais sans doute rendues nécessaires par la nature des missions confiées à l'Instance provisoire... ?

Il convient d'ailleurs de préciser que face au caractère quelque peu arbitraire, voire « inconstitutionnel » de cette exclusion, le législateur de 2015 est partiellement revenu sur cette interdiction, en autorisant les anciens membres de l'IPCCPL à présenter leur candidature lors du premier renouvellement par tiers des membres de la Cour constitutionnelle, censé intervenir au bout de trois ans d'exercice, étant précisé que les membres de ladite Cour ont vocation à exercer un mandat unique de neuf ans¹⁸.

¹⁷ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 2013, p. 322.

¹⁸ Voy. l'alinéa 2 de l'article 77 (dispositions transitoires) de la loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la Cour constitutionnelle (JORT n° 98 du 8 décembre 2015).

LE RÔLE DE L'INSTANCE PROVISOIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES PROJETS DE LOI EN PÉRIODE DE TRANSITION

Le terme « provisoire » est d'ailleurs ce qui distingue l'IPCCPL de la *Cour constitutionnelle* prévue à l'article 118 de la Constitution du 27 janvier 2014, censée, elle, être « permanente » ; et c'est également ce qui justifie sa fin « programmée » par la Constitution...

Et l'on peut se demander également si cette nature provisoire est aussi ce qui explique le caractère réduit de ses missions par rapport à celles de la Cour constitutionnelle. Réduction qui découle de la loi organique du 18 avril 2014... (et non de la Constitution...).

L'IPCCPL est une autorité juridictionnelle spéciale par son objet.

Il s'agit en effet de la première juridiction constitutionnelle en Tunisie, compétente en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, et ce, notamment parce que le Conseil constitutionnel qui l'a précédée n'était pas une véritable autorité juridictionnelle, mais une sorte d'instance mi-juridictionnelle mi-consultative, dont, outre la saisine, les domaines d'intervention étaient limités.

Tout comme la future Cour constitutionnelle et d'autres instances constitutionnelles en droit comparé, l'IPCCPL n'a pas été dotée de la possibilité de s'auto-saisir et seules trois catégories de personnes ont été autorisées à intenter un recours en inconstitutionnalité, à savoir, selon l'article 3 de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 le Président de la République, le Chef du gouvernement ou au moins 30 députés.

L'IPCCPL a également été qualifiée d'autorité juridictionnelle spéciale, du fait de l'absence de double degré de juridiction, celui-ci étant toutefois garanti au niveau de l'article 108 de la Constitution pour ce qui est des juridictions ordinaires.

En outre, les décisions de l'IPCCPL ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent à tous les pouvoirs publics, ce qui rappelle la formulation de l'article 62 de la Constitution française de 1958 selon lequel : « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

La mission de l'IPCCPL figure aussi dans sa dénomination, à savoir le « contrôle de la constitutionnalité des projets de loi ».

Nous pouvons rappeler à cet égard qu'en ce qui concerne les « projets de lois », la Constitution du 27 janvier 2014 opère une distinction liée à l'origine de l'initiative législative (parlementaire ou présidentielle/gouvernementale), tandis que la loi relative à l'IPCCPL

dépasse cette distinction pour considérer comme « projets de lois » les textes déjà adoptés par l'ANC ou l'ARP – indépendamment de leur origine – mais non encore promulgués, ce qui exclut notamment du contrôle de constitutionnalité les propositions de lois irrecevables pour quelque motif que ce soit, ainsi que les textes déjà promulgués.

Il s'agit donc pour l'IPCCPL de vérifier la conformité des textes adoptés par l'ANC (ou l'ARP) mais non encore promulgués par le Président de la République (article 3 de la loi n° 2014-14 du 18 avril 2014), et ce, à condition que sa saisine intervienne « dans un délai maximum de sept jours » à compter de l'adoption d'un texte par l'ANC ou l'ARP (article 18 - loi n° 2014-14).

Dès lors, l'IPCCPL dispose d'un délai unique de dix jours (ouvrables) pour se prononcer, lequel commence à courir trois jours (ouvrables) après enregistrement de la requête et des éventuelles observations déposées en défense par le Président de la République, le Chef du gouvernement ou 30 députés (art. 19 - loi n° 2014-14)¹⁹.

Le délai de dix jours accordé à l'IPCCPL est susceptible d'être prolongé une seule fois de sept jours (ouvrables) par décision motivée ; ou ramené à deux jours en cas d'urgence (art. 22 - loi n° 2014-14 du 18 avril 2014)

L'IPCCPL prononce alors une décision motivée, qui fait ensuite l'objet d'une publication au Journal officiel de la République tunisienne et s'impose à tous les pouvoirs publics, tout comme les décisions de la Cour constitutionnelle en la matière.

Concrètement, lorsqu'un recours en inconstitutionnalité est accepté en totalité ou en partie par l'IPCCPL, la décision d'inconstitutionnalité est obligatoirement transmise par le Président de la République, dans un délai de dix jours, à l'ARP, pour une deuxième lecture, laquelle n'est pas enserrée dans un quelconque délai et peut intervenir au bout de plusieurs mois, période à l'issue de laquelle le Président de la République renvoie le projet amendé devant l'IPCCPL afin qu'elle en examine la constitutionnalité conformément à sa précédente décision, avant promulgation²⁰.

¹⁹ Par comparaison, la Cour constitutionnelle dispose d'un délai unique de 45 jours pour les recours *a priori* (sauf en ce qui concerne les projets de lois de finances, lesquels doivent être traités dans un délai de cinq jours selon l'art. 66 de la Constitution) et d'un délai de trois mois renouvelable une seule fois pour les recours *a posteriori*...

²⁰ L'article 122 de la Constitution a prévu la même procédure concernant la Cour constitutionnelle, à l'exception du délai de transmission de la décision d'inconstitutionnalité à l'ARP, qu'il n'a pas précisé, et ce, dans les termes suivants : « Le projet de loi inconstitutionnel est transmis au Président de la République qui le transmet à l'ARP pour une seconde délibération conformément à la décision de la Cour constitutionnelle. Le Président de la République soumet le projet de loi, avant sa promulgation, à la Cour constitutionnelle pour examen de sa

En fait, ceci est conforme à l'article 24 de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 relative à l'IPCCPL selon lequel : « Le recours d'inconstitutionnalité entraîne l'interruption du délai de promulgation et de publication, jusqu'à réception par le Président de la République de la décision prononçant la constitutionnalité du projet de loi ».

Dans cette optique, la pratique a montré que plusieurs mois pouvaient s'écouler entre la décision de l'IPCCPL et la deuxième, voire troisième mouture d'un projet de texte. C'est notamment ce qui s'est passé avec la loi n° 2015-12 du 11 mai 2015 relative à la production d'électricité à partir des énergies renouvelables, qui avait donné lieu à une décision d'inconstitutionnalité fin 2014, puis à une décision de validation²¹. Par ailleurs, lorsqu'il est arrivé à l'Instance d'examiner un projet de loi révisé à la lumière d'une décision d'inconstitutionnalité et que cette deuxième version ne lui a pas semblé conforme à la Constitution, elle n'a pas hésité à la renvoyer à l'ARP pour suppression de la ou des inconstitutionnalité(s) constatée(s). C'est notamment ce qui a eu lieu concernant la loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature, qui a donné lieu à une décision d'inconstitutionnalité (décision n° 2015-2 du 8 juin 2015), suivie par une seconde décision d'inconstitutionnalité concernant la procédure d'adoption du projet de loi objet du recours (décision n° 2015-3 du 22 décembre 2015).

De plus, en dépit des modifications apportées à ce projet dans le sens des décisions de l'Instance, une majorité absolue en faveur de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité du contenu de l'ensemble de ce texte n'a pas pu être dégagée et l'IPCCPL a fini par renvoyer le projet dans son intégralité au Président de la République le 22 avril 2016, ce qui a abouti, suite à la consultation « diplomatique » par le Chef de l'État de deux groupes d'experts juristes, à sa promulgation en l'état le 28 avril 2016²².

Une année plus tard, suite à un blocage politique n'ayant pas permis la formation du premier Conseil supérieur de la magistrature dans les délais, l'IPCCPL en formation restreinte

constitutionnalité ». L'article 52 de la loi n° 2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la Cour constitutionnelle a comblé cette lacune en fixant ce délai à 30 jours, ce qui semble relativement long, dans la mesure où il s'agit simplement de transmettre une décision dont la teneur doit être prise en compte par l'ARP et ne s'explique par aucune nécessité juridique ou politique (« Au cas où la Cour constitutionnelle déclare l'inconstitutionnalité totale ou partielle d'un projet de loi, elle le transmet sans délai, accompagné de sa décision au Président de la République qui le transmet à l'ARP pour une seconde délibération conformément à la décision de la Cour dans un délai maximum de trente (30) jours à compter de la date de la transmission »).

²¹ Il s'agit notamment de la Décision n° 2014-6 du 8 octobre 2014 (JORT n° 83 du 14 octobre 2014, p. 2817) et de la Décision n° 2015-1 du 27 avril 2015 (JORT n° 37 du 8 mai 2015, p. 1235).

²² Loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature (JORT n° 35 du 29 avril 2016, p. 1395).

(quatre membres) a eu à nouveau à examiner un recours contre un projet de texte venant modifier la loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature dans le sens d'un déblocage législatif de la situation²³.

Néanmoins, suite à l'auto-récusation de l'un des membres, validée par les trois autres, l'Instance s'est retrouvée en formation trop réduite et il lui a été techniquement impossible de statuer, faute de quorum, raison pour laquelle elle a renvoyé le projet de modification de la loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2017 au Président de la République, qui l'a également adopté tel quel en promulguant la loi organique n° 2017-19 du 18 avril 2017²⁴.

Ces « péripéties » ayant entouré l'adoption de la loi organique relative au CSM (et sa modification) illustrent ainsi le caractère délicat des interventions de l'Instance, qui s'est retrouvée, bien malgré elle, obligée d'arbitrer entre les acteurs du jeu politique et qui, en faisant prévaloir son interprétation de la Constitution sur des considérations plus immédiates, n'a pas manqué de s'attirer les foudres de la critique.

En tout état de cause, il s'agit souvent de situations liées à des interprétations divergentes des dispositions constitutionnelles entre la majorité parlementaire et l'opposition. C'est ainsi que le projet de loi-cadre relatif aux Instances constitutionnelles indépendantes créées par les articles 125 et suivants de la Constitution a donné lieu à une première décision d'inconstitutionnalité en août 2017, suivie par une seconde décision d'inconstitutionnalité en novembre de la même année, sachant que c'est uniquement au niveau de la troisième version du projet, transmise à l'Instance en juillet 2018, que les députés ont fini par surmonter la difficulté consistant à respecter l'équilibre entre les principes d'indépendance et de redevabilité de ces instances constitutionnelles en supprimant tout simplement l'article litigieux²⁵.

²³ Il convient de préciser que ce blocage a notamment été provoqué en novembre 2016 par l'ancien Premier président de la Cour de cassation qui n'a pas convoqué la première réunion du CSM avant son départ à la retraite. Par conséquent, des postes vacants n'ont pas été pourvus, dont le sien, situation qui s'est répercutée sur la composition de l'IPCCPL elle-même, présidée, selon l'alinéa 7 de l'article 148 de la Constitution, par le Premier Président de la Cour de cassation. Fin décembre 2016, le Premier président de la Cour des comptes a aussi pris sa retraite, privant l'IPCCPL de son deuxième Vice-président et portant ses membres à quatre jusqu'en mai-juin 2017.

²⁴ Voy. la décision n° 2017-1 du 11 avril 2017 (JORT n° 31 du 18 avril 2017, p. 1443)

²⁵ Voy. la Décision n°2017-4 du 8 août 2017 (JORT n° 65 du 15 août 2017) ; ainsi que la Décision n° 2017-9 du 23 novembre 2017 selon laquelle : « Considérant que l'IPCCPL a antérieurement prononcé l'inconstitutionnalité de la version initiale de l'article 33 susvisé, sur le fondement de sa contradiction avec le principe de l'indépendance des ICI consacré par l'article 125 de la Constitution, en ce qu'il ne garantissait pas la proportionnalité/équilibre entre les principes d'indépendance et de redevabilité, ni entre les principes de séparation des autorités/instances chargées de l'initiative de révocation et de celles chargées de la prise de décision en la matière » ; d'où il résulte que « le simple remplacement de l'expression « retrait de confiance d'un ou de plusieurs membres des Conseils/Assemblées des ICI » par l'expression « révocation d'un ou de plusieurs membres des Conseils/Assemblées des ICI » ne suffit pas à supprimer l'inconstitutionnalité de l'article précité » (JORT n° 95

Toujours du point de vue de l'organisation et du fonctionnement de l'IPCCPL, il convient de signaler une nuance qui caractérise le rôle de l'Instance par rapport à celui de la Cour constitutionnelle concernant l'existence de champs de compétence obligatoires de la seconde et l'absence de telles compétences concernant la première.

En effet, certaines missions « obligatoires » de la Cour constitutionnelle ont été clairement prévues par divers articles de la Constitution du 27 janvier 2014, couvrant notamment l'examen d'office de tout projet de révision de la Constitution, l'examen d'office du règlement intérieur de l'Assemblée des représentants du peuple et le contrôle de la constitutionnalité des textes par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant les tribunaux par l'une des parties à un quelconque litige²⁶.

Or, si l'IPCCPL a bien été chargée d'examiner la conformité à la Constitution des projets de lois qui peuvent lui être soumis par l'une des trois catégories de personnes précitées, compétence qu'elle partage avec la Cour Constitutionnelle, la loi organique du 18 avril 2014 semble avoir omis – volontairement ? – de définir des champs de compétence obligatoires de l'Instance provisoire, sans doute du fait de son caractère temporaire et peut-être aussi pour ne pas l'encombrer, vu sa composition, comptant parmi ses membres une moitié de hauts

du 28 novembre 2017). Quelques mois plus tard, l'Assemblée des représentants du peuple a tout simplement supprimé l'article 33 du projet de loi précité et adopté une seconde version des articles 11 et 24 dudit projet, l'ensemble ayant été approuvé le 11 juillet 2018 et transmis à l'IPCCPL, laquelle a enfin pu prononcer sa conformité à ses précédentes décisions, ainsi qu'à la Constitution, par sa Décision n° 2018-3 du 30 juillet 2018 (JORT n° 62 du 3 août 2018). Voy. aussi la loi organique n° 2018-47 du 7 août 2018 relative aux dispositions communes à toutes les instances constitutionnelles indépendantes (JORT n° 66 du 17 août 2018).

²⁶ Pour rappel, les articles 66, 80, 84, 85, 88, 101, 120 et 144 de la Constitution du 27 janvier 2014 ont déterminé les domaines d'intervention facultatifs et obligatoires de la Cour Constitutionnelle comme suit : l'examen (sur saisine du Président de la République, du Chef du gouvernement ou de 30 députés) des projets de lois de finances « dans les trois jours qui suivent son adoption par l'Assemblée en 2^e lecture, après renvoi ou après l'expiration des délais de renvoi sans qu'il ait été exercé », la Cour disposant alors uniquement de cinq jours pour se prononcer (art. 66) ; l'examen du bien-fondé d'un éventuel maintien de mesures exceptionnelles prononcées par le Président de la République pour faire face à un péril imminent, sur saisine du Président de l'ARP ou de 30 députés, situation dans laquelle elle se prononce dans les 15 jours (art. 80), étant précisé que lesdites mesures prennent fin en tout état de cause dès la cessation de leurs motifs et que le Président adresse à cet effet un message au peuple ; le constat de la vacance provisoire et/ou définitive de la fonction de Président de la République et, le cas échéant, l'audition du serment du Président de la République par intérim (art. 85) ; la destitution du Président de la République pour violation grave de la Constitution, sur motion motivée des deux tiers de l'ARP, la décision étant alors exceptionnellement prise à la majorité des deux tiers des membres de la Cour constitutionnelle (et non à la majorité absolue), mais sans précision quant aux délais (art. 88) ; le règlement des conflits de compétence entre les deux têtes de l'exécutif, étant précisé que la Cour Constitutionnelle doit alors statuer dans un délai de sept jours (art. 101) ; l'examen des projets de lois transmis par le Président de la République, le Chef du Gouvernement ou 30 députés, dans un délai de sept jours à compter de la date d'adoption du projet de loi ou de la date d'adoption du projet de loi amendé, après renvoi par le Président de la République, la Cour disposant alors de 45 jours pour se prononcer (art. 120) ; l'examen d'office de tout projet de révision de la Constitution (art 120 et 144) ; l'examen d'office des traités avant leur promulgation par le Président de la République (art. 120) et le contrôle de la constitutionnalité des textes par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant les tribunaux par l'une des parties à un quelconque litige (art. 120).

magistrats déjà surchargés par ailleurs. Cela veut-il dire que l'Instance n'aurait pas eu, matériellement, la capacité de s'investir davantage dans l'examen de toutes ces questions ? Or, en attendant la mise en place de la future Cour Constitutionnelle (dont les douze membres ont vocation à être désignés, par groupes de quatre, respectivement par le Président de la République, l'ARP et le Conseil supérieur de la magistrature), l'IPCCPL a coexisté avec l'ARP issue des élections d'octobre 2014 et celle-ci a adopté un règlement intérieur dont la conformité à la Constitution n'a pas été vérifiée.

Pourtant, ledit règlement régit les travaux de l'ARP depuis son adoption et l'Instance a eu à en examiner diverses dispositions à l'occasion d'au moins trois recours, car les requérants l'ont invoqué à l'appui de leur argumentation, en le liant à l'art. 52 de la Constitution, ce qui l'a amenée à l'opposer à l'Assemblée en tant qu'élément du « bloc de constitutionnalité » pour faire respecter « l'ordre public constitutionnel », faisant preuve d'une audace qui a, en tout état de cause, fait couler beaucoup d'encre, illustrant le caractère dynamique de ses interventions²⁷.

²⁷ En effet, l'IPCCPL a eu à examiner une première fois le RI de l'ARP à l'occasion du recours intenté contre le projet de loi organique relative au CSM, invoquant un dépassement de ses compétences par la Commission spéciale de l'ARP chargée de l'examen du projet de loi « en violation de l'article 52 de la Constitution et du RI » et l'Instance avait alors censuré la dénaturation du projet par la Commission de législation générale (Décision n° 2015-2 du 8 mai 2015). Par la suite, lors de l'examen du projet de loi relatif aux banques et aux établissements financiers (ensuite devenu la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016), l'IPCCPL a rendu sa Décision n° 2016-2 du 24 mai 2016, dans le cadre de laquelle elle a abouti à la conclusion que l'irrespect par cette Assemblée de certaines procédures prévues par le RI, considérée comme faisant partie du bloc de constitutionnalité car adopté sur la base du texte suprême (art. 52), était constitutif de la « violation d'une formalité substantielle faisant partie de l'ordre public constitutionnel », justifiant de ce fait de prononcer l'inconstitutionnalité du projet de loi pour irrespect des délais de mise à disposition d'un projet de loi aux députés de l'opposition pour examen et éventuellement exercice de leur droit d'amendement. Pour un commentaire, voy. A. Hammami-Marrakchi, « Commentaire de la Décision n° 2016-2 de l'IPCCPL du 24 mai 2016 », *Annuaire de la jurisprudence tunisienne*, 2015, p. 9 ; ainsi que M. Gargouri, « Observations à propos de la Décision n° 2016-5 de l'IPCCPL du 2 juillet 2016 relative au projet de loi relatif aux banques et aux établissements financiers », *Annuaire de la jurisprudence tunisienne*, 2015, p. 33 (en arabe). Ultérieurement, le recours dirigé contre le projet de loi organique portant révision de certaines dispositions du Code des hydrocarbures a permis à l'IPCCPL d'affiner sa position au sujet du RI de l'ARP. Cette approche a été dégagée à propos du grief adressé par les requérants à la Commission parlementaire chargée de l'examen du projet de loi objet du recours, l'accusant d'avoir dénaturé l'esprit du texte par rapport au contenu de l'initiative déposée par son auteur (en l'espèce l'exécutif) en le présentant dans sa forme modifiée au vote de l'Assemblée plénière, violant ainsi l'article 52 de la Constitution et le RI de l'ARP. Le moyen avancé était fondé sur la nécessité de présenter au vote un texte conforme à la volonté de son auteur. Le même argument avait été présenté par les requérants lors du recours dirigé contre le projet de loi organique relative au CSM (Décision n° 2015-2) et l'IPCCPL avait alors censuré la dénaturation du projet par la Commission de législation générale. Dans le cadre du recours contre le projet de loi organique portant modification de certaines dispositions du Code des hydrocarbures (Décision n° 2017-3), l'IPCCPL a affiné sa position en estimant qu'il ne convenait pas de censurer *ipso facto* toute modification apportée par une commission parlementaire chargée de l'examen d'un projet de loi au texte à soumettre au vote de l'Assemblée plénière, mais uniquement les modifications « invisibles » et non validées par leur auteur, dans les termes suivants : « Considérant qu'il est loisible à la *Commission de l'industrie, de l'énergie, des richesses naturelles, des infrastructures et de l'environnement* d'introduire des modifications aux projets de loi déposés par le Gouvernement, sous réserve de respecter les conditions de l'article 63 de la Constitution et du RI et de n'y apporter des modifications substantielles qu'en cas d'absence d'opposition du Gouvernement à ce sujet », étant précisé qu'en l'espèce « la Commission a débattu du projet de loi et *présenté son rapport à l'Assemblée plénière en l'accompagnant d'un tableau des modifications proposées, à côté de la version*

LE RÔLE DE L'INSTANCE PROVISOIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES PROJETS DE LOI EN PÉRIODE DE TRANSITION

Ainsi, lorsque ce règlement intérieur de l'Assemblée des représentants du peuple sera soumis à la Cour constitutionnelle, en principe dès la formation de celle-ci, conformément à la Constitution et à l'article 62 de la loi n° 2015-50 du 3 décembre 2015 selon lequel : « Le Président de l'ARP soumet à la Cour le règlement intérieur de l'assemblée et tous les amendements qui y ont été apportés dès l'adoption de chacun d'eux, et ce, avant leur mise en application », elle pourra s'inspirer de cette jurisprudence naissante pour la confirmer, la modifier ou l'infirmier...

Sur un autre plan, une initiative de révision de la Constitution sans contrôle constitutionnel avant la mise en place de la Cour constitutionnelle aurait pu voir le jour, puisqu'aucune disposition du texte suprême n'a fixé de délai d'intangibilité (sous réserve d'un accord implicite entre les partenaires politiques le fixant à cinq ans) et, là aussi, la compétence de l'IPCCPL n'a pas été prévue par la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 et si son existence s'était prolongée au-delà de 2019, cette question n'aurait pas été une simple figure de style²⁸.

Ainsi, les exclusions précitées, peut-être motivées par une certaine *défiance* du législateur constituant à l'égard de l'*Instance provisoire* apparaissent discutables, surtout si l'on revient au texte fondateur de ladite Instance, à savoir l'article 148 de la Constitution elle-même, qui n'a pas limité ses compétences à *certain*s domaines, mais a évoqué tous les « projets de lois ». Dans cet esprit, l'absence de détermination s'interprète dans le sens de la généralité et ce qui n'est pas exclu par le texte a en principe vocation à être inclus !

Pour une plus grande clarté, le législateur aurait pu reprendre la formulation de l'article 120 de la Constitution et accorder à l'Instance provisoire au moins les mêmes compétences que celles de la future Cour constitutionnelle, d'autant que la première formation de cette dernière est appelée à mettre un terme automatique (d'office) aux missions de l'Instance provisoire et qu'il ne risque pas d'y avoir de chevauchements ou de conflits de compétences !

En tout état de cause, toutes les spécificités précitées – qui touchent à la fois la nature de l'IPCCPL et sa mission – semblent liées à cette période dite de « transition » où nombre

initiale du projet, ce qui indique qu'il y a eu respect du RI et du projet du gouvernement, lequel n'a en outre *pas exprimé d'objection* et qu'il demeure loisible à l'Assemblée plénière d'accepter les modifications proposées ou de les refuser » (Décision n° 2017-3 du 23 mai 2017 relative au projet de loi n° 2017-11 du 18 avril 2017 portant modification de certaines dispositions du Code des hydrocarbures ; JORT n° 42 du 26 mai 2017, p. 1900).

²⁸ Ainsi, on pouvait lire dans les quotidiens tunisiens d'avril 2016 des critiques adressées à la Constitution et des discussions à propos de sa révision.

d'institutions ont été déclarées « provisoires » : gouvernement provisoire, Président de la République provisoire... étant précisé que ce contexte « provisoire » de la transition dite « démocratique » peut avoir entraîné des précarités, des tâtonnements ou même des montages juridiques plus ou moins heureux...

Quoi qu'il en soit, la création de l'IPCCPL et la précision des dispositions régissant son organisation et son fonctionnement seraient restées lettre morte sans la désignation de ses six membres par l'arrêté républicain n° 2014-89 du 22 avril 2014²⁹.

C'est ce qui lui a permis d'initier rapidement le contrôle de constitutionnalité en Tunisie, suite à l'investiture des titulaires de cette charge délicate, qui a eu lieu le 7 mai 2014 au Palais de Carthage, l'IPCCPL a initié ses travaux avec l'examen du projet de loi électorale, entamant la production d'une très jeune jurisprudence constitutionnelle et contribuant ainsi à asseoir la nécessaire primauté de la nouvelle Constitution en exerçant, à titre précurseur, le contrôle de constitutionnalité par voie d'action en Tunisie...

2. UN ROLE PRECURSEUR

Dès la prestation de serment de ses six membres, l'IPCCPL a été amenée à participer au processus transitionnel, puisqu'elle a été saisie le 7 mai 2014 de cinq recours en inconstitutionnalité pour se prononcer sur plusieurs dispositions du projet de loi électorale, accouchant sous la pression des enjeux électoraux de ses premiers arrêts qui ont suscité critiques et débats, illustrant la portée politique de ses décisions, ainsi que l'étendue, mais également les limites, de son intervention...³⁰.

C'est en ce sens que son rôle peut être qualifié de précurseur, non seulement parce qu'elle a été amenée à initier le contrôle de constitutionnalité par voie d'action en Tunisie, totalisant plus d'une quarantaine de recours en quatre ans (2014-2018) (2.1), mais encore parce qu'elle a également été la première à expérimenter une certaine procédure de renvoi des projets au Président de la République qui, bien que prévue par la Constitution, n'en a pas moins été qualifiée de « déni de justice » par ses détracteurs et à laquelle son héritière, la Cour

²⁹ JORT n° 33 du 25 avril 2014.

³⁰ Voy. les Décisions n° 2014-2 à 2014-5 de l'IPCCPL du 19 mai 2014, rendues à propos de diverses dispositions du projet de loi organique relatives aux élections et aux référendums, la Décision de l'IPCCPL du 19 mai 2014, rendue à propos du recours 2014-3 (examen d'urgence du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums) ainsi que le Courier adressé par l'IPCCPL au Président de la République portant renvoi du recours n° 2014-1 (JORT n° 41 du 23 mai 2014, p 1341-1351).

constitutionnelle pourra éventuellement aussi être forcée de recourir, compte tenu de sa composition paire (2.2).

2.1. L'amorce du contrôle de constitutionnalité *a priori*

Le jour même de la prestation de serment de ses six membres, l'IPCCPL a été saisie par une trentaine de députés de cinq recours contre plusieurs dispositions de la loi électorale. D'un point de vue formel, il semblerait de nos jours superflu d'intenter cinq recours différents contre un même projet de loi et cette manière de procéder ne s'est d'ailleurs pas reproduite depuis cette date, mais dans « l'euphorie » du moment, c'est de cette façon que l'IPCCPL a initié l'exercice de son rôle de gardien de la Constitution... Cette première expérience a été fondatrice à plus d'un titre, car même si elle s'est soldée par quatre décisions de rejet et un renvoi, elle a permis à l'Instance de se prononcer sur des questions sensibles, tout en abordant des aspects procéduraux du contentieux constitutionnel liés à une demande d'examen d'urgence (rejetée), au choix de ne pas soulever des inconstitutionnalités « d'office » et à une impossibilité de se prononcer en cas de parité des voix, celle du Président n'ayant pas été reconnue prépondérante...

Ainsi, les quatre recours rejetés ont donné l'occasion à l'Instance de se prononcer sur des aspects aussi importants que la parité des candidats féminins et masculins au sein des listes électorales, la légitimité de l'exigence d'une caution financière en tant que condition de validité des candidatures aux élections présidentielles ou encore les conditions de convocation du corps électoral et la procédure d'adoption de la loi électorale elle-même...

Dans le cadre du recours ayant donné lieu à la décision n° 2014-2, les requérants avaient invoqué l'inconstitutionnalité de l'article 24 de la loi électorale instaurant une parité verticale des listes électorales par rapport aux articles 21 et 46 de la Constitution, lesquels auraient exigé la consécration d'une parité non seulement verticale, mais encore horizontale pour concrétiser l'égalité des sexes en la matière et respecter l'esprit et la lettre de la Constitution.

Le bien-fondé du recours contre l'article 24 de la loi électorale instaurant une parité verticale des listes électorales n'a pas cependant pas été admis par l'IPCCPL et pour nuancée et ouverte qu'elle ait été, en ce qu'elle n'a pas considéré la parité verticale comme une « fin en soi », mais comme une « contribution » à la réalisation de l'égalité des sexes au sein des Assemblées élues (ce qui sous-entend une possibilité d'évolution à l'avenir), la réponse de l'Instance n'a toutefois pas manqué de soulever la critique pour son manque d'audace.

Or, la signification exacte de la position de l'IPCCPL en matière de parité est à la fois nuancée et évolutive, voire progressiste. En effet, après avoir rappelé l'article 21 de la Constitution qui consacre l'égalité hommes-femmes, puis l'article 46 qui dispose que « l'État s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues », elle a affirmé qu'en l'espèce l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums, en adoptant la parité horizontale, s'inscrivait « dans le cadre de cette démarche, laquelle n'exclut pas l'adoption de la parité verticale le cas échéant ». Cette formulation signifie qu'au moment du recours, la parité réalisée par l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums était acceptable, illustrant les efforts accomplis par le législateur, mais que ces efforts pouvaient (voire devaient...) être poursuivis ultérieurement pour consacrer la parité verticale, laquelle serait tout autant conforme à la Constitution. Il y a donc une porte ouverte sur l'avenir et une incitation du législateur à aller plus loin et à ne pas limiter ses efforts à la parité horizontale.

Le troisième recours portait sur l'article 173 de la loi électorale, auquel était reproché son inconstitutionnalité en ce qu'il reconduisait le découpage électoral du décret-loi n° 2011-35 du 10 mai 2011 relatif à l'élection de l'ANC, qui avait instauré une discrimination positive au profit des régions et ouvert un certain nombre de circonscriptions à l'étranger, ce qui a été considéré insuffisant pour la concrétisation de l'égalité promue par la nouvelle Constitution.

Toutefois, l'IPCCPL n'a pas retenu l'argumentation des requérants, notamment parce que selon elle, le principe de l'égalité impliquait le maintien du découpage électoral précédent, surtout dans le cadre d'un délai temporel inférieur à une année par rapport au calendrier électoral, ce qui était notamment la position de la Commission de Venise en la matière, exprimée dans son « Code de bonne conduite en matière électorale » (2002).

Le recours dirigé contre l'article 42 de la loi électorale instituant une caution financière (10 000 dinars tunisiens) en tant que condition de validité des candidatures présidentielles n'a pas non plus été accepté par l'IPCCPL (décision n° 2014-4) alors que les requérants avaient invoqué sa contradiction par rapport à l'article 74 de la Constitution, lequel aurait, selon les requérants, uniquement mis l'accent sur la nationalité tunisienne des candidats, leur âge (35 ans au moins), leur confession (religion musulmane) et leur parrainage par « un certain nombre de députés, d'élus des CL ou d'électeurs inscrits », avec renvoi à la loi électorale pour les détails.

En se référant à la pratique en droit comparé, l'IPCCPL a estimé que l'exigence d'une caution – restituable sous certaines conditions – n'était pas constitutive d'inconstitutionnalité

et représentait plutôt la garantie du sérieux des candidatures aux élections présidentielles, raison pour laquelle elle a rejeté le recours.

Le cinquième recours (décision 2014-5) portait sur la critique de l'ensemble du processus d'adoption de la loi électorale en ce que les dispositions afférentes au contentieux électoral (articles 16 à 18, 27 à 31 et 149 à 167) n'auraient pas été soumises au préalable à l'avis de l'Instance supérieure de la justice judiciaire, formalité substantielle prévue par l'article 148, al. 8 de la Constitution selon les requérants.

L'IPCCPL n'a pas retenu cette argumentation, notamment parce qu'elle a estimé que ces dispositions ne concernaient pas directement « l'administration de la justice »..., étant précisé que ce cinquième recours était par ailleurs également dirigé contre l'article 101 de la loi électorale confiant au Président de la République le soin de convoquer le corps électoral, ce qui aurait, selon les requérants, méconnu les dispositions transitoires prévues à cet effet par la Constitution en renvoyant à la « Petite Constitution » du 6 décembre 2011 qui avait chargé le Chef du Gouvernement d'y procéder...

L'IPCCPL a considéré que la convocation du corps électoral faisait partie des actes de gouvernement/souveraineté du ressort du Président de la République (en se référant notamment aux articles 72, 77 et 89 de la Constitution) et que la loi électorale était de ce fait fondée à confier cette mission au Président de la République car « qui peut le plus peut le moins »...

Cette position a été largement critiquée par les commentateurs car s'il est possible de considérer qu'elle a ainsi respecté « l'esprit » du texte constitutionnel, on peut lui reprocher d'en avoir méconnu la lettre expresse...

En outre, l'IPCCPL a choisi de ne pas s'auto-saisir d'éventuels éléments d'inconstitutionnalité du projet de loi électorale non soulevés par les requérants mais liés au projet de loi soumis à son examen, comme l'avait fait en son temps le Conseil constitutionnel français, initiant en 1982 la pratique des questions et moyens « soulevés d'office »³¹.

Même si l'IPCCPL a ainsi raté l'occasion de se prononcer sur d'autres aspects de la loi électorale qu'elle aurait pu soulever d'office (par exemple le caractère peu orthodoxe de l'absence d'invalidation d'éventuelles listes frauduleuses par rapport aux exigences

³¹ La technique des questions soulevées d'office a été utilisée en France à partir de la décision *Quotas par sexe*, n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 et régulièrement reprise, par la suite, quoiqu'avec beaucoup de prudence et surtout en matière de protection des droits et libertés. Voy. A.-C. Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2014.

constitutionnelles de respect du pluralisme démocratique, de transparence et de bonne gouvernance...) alors que la Constitution et la loi n° 2014-14 avaient gardé le silence à ce sujet, lui laissant toute latitude de s'exprimer.

Pourtant, elle s'est tenue à cette jurisprudence tout au long de ses années d'existence, mais il s'agit d'un choix qui ne la lie pas et nul ne peut prédire qu'elle ne pourrait pas sortir de cette prudence et de cette réserve si le besoin s'en faisait sentir, par exemple en cas d'atteinte à l'ordre public constitutionnel par une ou plusieurs dispositions d'un texte soumis à son examen, par exemple la proposition de réviser une ou plusieurs dispositions constitutionnelles qualifiées d'« intangibles » (forme républicaine du régime, acquis de la femme, etc.)... ou même se saisir d'office d'un projet de texte de ce type ?

En tout état de cause, pour combler cette lacune et prévenir, semble-t-il, toute velléité d'audace, le législateur de 2015 a pris les devants en édictant au niveau de l'article 52 de la loi n° 2015-50 du 3 décembre 2015 que « La Cour n'est saisie que dans les limites des moyens invoqués », souhaitant apparemment empêcher toute possibilité de recours par la future Cour constitutionnelle à une telle technique, ce qui est peut-être regrettable dans l'optique d'une meilleure protection des droits et libertés consacrés par la Constitution de 2014...

Après son intervention à propos de la loi électorale, l'IPCCPL a été amenée à examiner un recours contre certains articles du projet de loi n° 2013-73 du 18 septembre 2014 sur la production d'électricité à partir des énergies renouvelables, ce qui lui a donné l'occasion de déclarer l'inconstitutionnalité des articles 10, 12 et 13 de ce projet pour non-respect des conditions posées par l'article 13 de la Constitution, puis de valider ces 3 articles suite à leur révision en deuxième lecture en avril 2015³².

Elle a aussi été sollicitée en décembre 2014 à propos du projet de loi de finances (PLF) pour 2015 et a émis une décision d'inconstitutionnalité pour cause de cavalerie budgétaire et d'inconstitutionnalité de certains articles par rapport aux articles 41 et 49 de la Constitution³³.

³² JORT n° 83 du 20 octobre 2014 et JORT n° 37 du 1^{er} mai 2015, le texte final ayant ensuite été promulgué, à savoir la loi n° 2015-12 du 11 mai 2015 relative à la production d'électricité à partir des énergies renouvelables (JORT n° 38 du 15 mai 2015, p 926).

³³ L'IPCCPL a été saisie de l'inconstitutionnalité de quatre articles du PLF le 15 décembre 2014. Elle a accepté le recours en la forme, en se fondant sur la possibilité pour le Président de la République provisoire de la saisir sur le fondement des articles 3 et 18 de la loi n° 2014-14. Concernant la cavalerie budgétaire, les trois articles incriminés (11, 12 et 13 du PLF 2015) concernaient l'affectation du personnel et des biens de l'ANC à la nouvelle Assemblée des représentants du peuple : l'IPCCPL a considéré que le recours était fondé car il s'agissait, selon elle, de questions relevant du pouvoir exécutif et non du législateur. Par conséquent, elle a admis le recours quant au fond. Elle s'est également référée à l'article 66 de la Constitution dans son alinéa 1^{er} qui renvoie à la LOB (celle en vigueur à ce moment-là était la loi n° 67-53 du 8 décembre 1967) pour justifier le recours à l'article 26 de la

Elle a également rendu une décision d'inconstitutionnalité à propos des articles 46 (extension de l'autorisation d'ouverture des bureaux de change aux personnes morales), 59 (encadrement du refus de la comptabilité dans le cadre des opérations de vérification fiscales approfondies), 60 (renforcement de la réconciliation entre le contribuable et la fiscalité), 64 (amnistie d'infractions de change et fiscales) et 85 (extension de la dispense de la constitution d'hypothèque immobilière de l'autorisation préalable aux institutions de micro finance) du projet de loi de finances pour 2016³⁴.

En juin 2015, elle a été saisie d'un recours contre certains articles du projet de loi sur le Conseil supérieur de la magistrature et a rendu une décision prononçant une inconstitutionnalité globale de procédure, tenant à l'irrespect de l'article 62 de la Constitution (initiative législative), complétée par l'inconstitutionnalité d'une dizaine d'articles du projet³⁵.

Il convient de rappeler que le processus d'adoption de ce texte a été très mouvementé et fortement politisé, puisqu'il s'agissait de transformer un corps de métier auparavant placé sous la coupe de l'exécutif pendant plus de 50 ans en un véritable troisième « pouvoir » au sein de l'État, comme proclamé par la Constitution de 2014, qui lui a consacré un chapitre entier composé d'une quinzaine d'articles (chapitre V : articles 102 à 117) et qu'en outre sa mise en place allait en même temps concrétiser la fin de la période transitoire en vue d'une véritable consécration de l'État de droit en Tunisie ! C'est dire la multitude d'enjeux et d'intérêts en présence !

LOB qui identifie le contenu des PLF (et *a contrario* les cavaliers budgétaires). Concernant l'article 28 alinéa 4 du PLF 2015 : en instituant la saisie des biens d'une valeur équivalant à 10 000 dinars entreposés en douane suite à l'écoulement d'une période de 60 jours, cet article a été considéré inconstitutionnel car le droit de propriété est ici méconnu et il y a confiscation sans compensation. L'IPCCPL a donné raison au requérant car elle a estimé que cet article du PLF contrevenait à l'art. 44 de la Constitution qui garantit le droit de propriété. Ledit article ne faisait en effet pas intervenir l'autorité judiciaire et ne donnait pas aux personnes dont les biens étaient ainsi entreposés la possibilité d'en récupérer une partie, etc. Enfin, pour ne pas retarder l'adoption du PLF, l'IPCCPL, en rendant sa décision, s'est fondée sur les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 23 de la loi n° 2014-14 pour demander au Président de la République de promulguer le PLF en l'amputant des dispositions déclarées inconstitutionnelles qui ont été considérées suffisamment distinctes pour ne pas empêcher la promulgation du reste du texte. Le texte de la LF 2015 publié au JORT a indiqué l'invalidation par l'IPCCPL au titre de chacun de ces articles de la manière suivante : « L'Instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi a prononcé l'inconstitutionnalité des dispositions du présent article, leur dissociation du projet de loi de finances pour l'année 2015 et leur transmission au Président de la République afin de les soumettre à l'Assemblée des Représentants du Peuple pour une seconde délibération, et ce, en vertu de sa décision en date du 22 décembre 2014 concernant le recours n°8/2014 » (JORT n° 105 du 30 déc. 2014, p. 3462).

³⁴ Selon la même formule que précédemment : « L'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi a prononcé l'inconstitutionnalité des dispositions du présent article, leur dissociation du projet de loi de finances pour l'année 2016 et leur transmission au Président de la République afin de les soumettre à l'ARP pour une seconde délibération, et ce, en vertu de sa décision en date du 22 décembre 2015 concernant le recours n°4-2015 ».

³⁵ Décision n° 2015-02 du 8 juin 2015 (JORT n° 47 du 12 juin 2015, uniquement en arabe).

De ce fait, consciente de sa responsabilité historique dans la mise en place « constitutionnellement correcte » de cette instance, l'IPCCPL n'a eu de cesse d'évaluer toutes les facettes du texte soumis à son examen et lorsqu'elle a eu à en vérifier à nouveau la constitutionnalité au mois de décembre 2015 (en même temps que le PLF 2016), elle n'a pas hésité à renvoyer le texte à ses auteurs pour irrespect, encore une fois, de la procédure de l'article 62 de la Constitution³⁶.

Lorsqu'elle a reçu, le 29 mars 2016, le courrier du Président de la République l'invitant à examiner la constitutionnalité du projet de loi sur le CSM voté le 23 mars 2016 suite à une autre lecture par l'ARP, l'IPCCPL a préalablement demandé quelques éclaircissements à propos de la procédure d'adoption dudit projet par l'Assemblée plénière, avant de procéder à tout examen sur le fond³⁷.

Néanmoins, quelles qu'aient pu être les modifications apportées à ce projet dans le sens de la précédente décision de l'Instance, une majorité absolue en faveur de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité du contenu de l'ensemble de ce texte n'a pas pu être dégagée et l'IPCCPL a fini par renvoyer le projet dans son intégralité au Président de la République le 22 avril 2016, ce qui a abouti, suite à la consultation « diplomatique » par le Chef de l'État de deux groupes d'experts juristes, à sa promulgation en l'état le 28 avril 2016³⁸.

Les péripéties ayant entouré l'adoption de la loi sur le Conseil supérieur de la magistrature illustrent ainsi les difficultés d'exercer un contrôle constitutionnel en période transitoire et invitent à se pencher sur cette procédure de renvoi au Président de la République,

³⁶ En fait, l'origine de toutes les difficultés juridiques posées par l'adoption de la loi sur le CSM est une erreur de procédure commise par la Commission de législation générale dès la date à laquelle elle a commencé à examiner le projet de loi du gouvernement qui lui a été transmis en mars 2015, car après avoir constaté qu'il y avait une divergence profonde entre sa conception générale du projet de loi et celle du gouvernement, elle n'a pas soumis les deux versions à l'Assemblée plénière avant de poursuivre l'examen du projet de loi et a substantiellement modifié le projet, le dénaturant ainsi sans passer par la procédure de l'initiative parlementaire, ce qui a été invalidé deux fois par l'IPCCPL, en juin et décembre 2015, date à laquelle elle s'est prononcée en ces termes : « considérant qu'à la lumière du courrier en date du 10 septembre 2015 adressé par le Chef du Gouvernement au Président de l'ARP et affirmant que le projet amendé était désormais conforme au projet précédemment déposé par le Gouvernement et répondait à ses objectifs et du courrier ultérieur adressé le 9 novembre 2015 par le Chef du gouvernement au même destinataire en lui demandant de procéder aux formalités de promulgation du projet de loi ; il n'en résulte pas correction de la violation de la formalité substantielle posée par l'article 62 de la Constitution, qu'il convient de respecter... » (JORT n° 103 du 25 décembre 2015, p. 3543).

³⁷ Elle a reçu un courrier en réponse indiquant la levée des vices de procédure, soit la reprise du projet initial du 12 mars 2015, puis sa lecture en Assemblée plénière, accompagnée des propositions d'amendements et finalement une adoption conforme à la Constitution, respectant, selon le Gouvernement, les formalités substantielles édictées à ce sujet par l'article 62 du texte suprême.

³⁸ Loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature (JORT n° 35 du 29 avril 2016, p. 1395).

que l'IPCCPL a été amenée à expérimenter très rapidement, à savoir dès le premier recours qu'elle a eu à traiter en mai 2014, concernant la loi électorale.

2.2. L'expérimentation de la procédure de renvoi des projets au Président de la République

Pour aborder l'analyse de la procédure de renvoi des projets de lois n'ayant pas abouti à l'adoption d'une décision d'inconstitutionnalité ou de conformité à la Constitution, il convient de revenir à l'analyse du premier texte sur lequel l'Instance a eu à se prononcer, en ce que l'un des cinq recours dirigés contre les dispositions de la loi électorale n'a pas été tranché, donnant lieu à la mise en œuvre d'une procédure prévue tant par la Constitution que par la loi organique n° 2014-14, à savoir le renvoi des recours au Président de la République en cas d'écoulement des délais sans prise de décision, ce qui a amené l'Instance, bien malgré elle, à expérimenter cette technique discutable, qualifiée de « déni de justice » par divers commentateurs nationaux, tant dans la presse écrite et électronique que sur les ondes.

Ainsi, le dernier recours contre le projet de loi électorale en mai 2014 était dirigé contre l'article 6 de ce texte, qui a notamment exclu du vote les forces de police et les membres de l'armée, les requérants ayant notamment évoqué sa contradiction par rapport au principe constitutionnel d'égalité des citoyens et de reconnaissance des droits électoraux de tous, sans distinction ni exclusion (art. 21 et 34 de la Constitution).

Ne parvenant pas à dégager la majorité exigée par les textes pour prendre une décision tranchée concernant ce dernier point, l'IPCCPL s'est abstenue de décider et a mis en œuvre une procédure originale prévue par la Constitution elle-même (art. 121), ainsi que par les lois relatives tant à l'Instance provisoire (art. 21 et 23) qu'à la Cour constitutionnelle (art. 50 et 52), à savoir le renvoi du projet en l'état au Président de la République.

En effet, selon le dernier alinéa de l'article 121 de la Constitution : « Si le délai mentionné au premier paragraphe expire sans que la Cour ne se prononce, le projet est obligatoirement et immédiatement transmis au Président de la République ».

Cette disposition constitue une « innovation » du législateur constituant qui s'explique sans doute par la composition paire de la Cour constitutionnelle (12 membres conformément à l'article 118 de la Constitution) et par le risque de blocage que cette composition risque de provoquer en cas de partage égal des voix...

En effet, la Cour doit prendre ses décisions à la « majorité absolue de ses membres » (article 121, al. 1^{er} de la Constitution) et aucune voix prépondérante n'est prévue, et ce, contrairement au cas français où la décision se prend aussi à la majorité absolue des membres, mais où la voix du Président est prépondérante en cas de partage...

Le dernier alinéa de l'article 23 de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 relative à l'IPCCPL, au même titre que le dernier alinéa de l'article 52 de la loi n° 2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la Cour constitutionnelle, prévoit qu'en cas d'expiration du délai d'examen sans prise de décision quant à la constitutionnalité ou à l'inconstitutionnalité des dispositions objet du recours, le projet de loi doit impérativement et immédiatement être renvoyé au Président de la République, ce qui constitue une reprise à l'identique des dispositions de l'article 121, alinéa 3 de la Constitution.

Concernant l'IPCCPL, le texte ne précise pas si le délai dont il est question est le délai de dix jours ou bien le délai de dix jours prolongé d'une semaine (sept jours) et il est possible de l'interpréter aussi bien dans un sens que dans l'autre, car si le délai d'examen initial des recours est de dix jours, il peut être prolongé sur la base d'une décision motivée de l'Instance³⁹.

Or, si un blocage se manifeste dans la prise de décision, il semble évidemment inutile de prolonger le délai d'examen ! En sens inverse, un blocage dans la prise de décision peut au contraire justifier la prolongation du délai d'examen et constituer la motivation principale de la décision de prolongation, même si le résultat final est susceptible d'être identique, à savoir l'absence de prise de décision pour cause de blocage des positions ne permettant pas de dégager une majorité absolue (3 voix + 1).

En tout état de cause, la possibilité d'un renvoi des recours non tranchés au Président de la République illustre un fragile équilibre des pouvoirs en place et résulte de diverses tractations politiques lors de l'élaboration de notre nouvelle norme suprême⁴⁰.

La pratique a donné lieu à l'application de cette procédure originale, entraînant une large série de critiques, alors même que cette situation a été organisée de telle manière à être

³⁹ Concernant la Cour constitutionnelle, cette question ne se pose pas, car un délai unique de 45 jours, sans possibilité de prolongation, a été prévu pour le contrôle *a priori*, obligatoirement ramené à cinq jours pour ce qui est des projets de lois de finances, ou à 10 jours en cas d'urgence, celle-ci étant susceptible d'être prononcée par la Cour, dans les deux jours de la réception d'une demande motivée à cet effet, émanant du Président de la République, du Chef du gouvernement ou de 30 députés (art. 51 de la loi n° 2015-50 du 3 décembre 2015).

⁴⁰ Voy L. Chikhaoui : « Le renvoi des recours au Président de la République : déni de justice ou silence fécond » in *Recueil d'études en l'honneur du professeur Rafâa Ben Achour*, t.1, Simfact, 2016, p. 263-282.

incontournable en présence de deux « blocs » de points de vue différents et irréductibles jusqu'à expiration des délais !

Dès la mise en œuvre de cette procédure par l'IPCCPL, elle a en effet été qualifiée de « déni de justice » par les commentateurs, bien que l'on ne puisse pas réellement considérer qu'il s'agisse d'une négation du « droit à la justice » des requérants, le contentieux constitutionnel, surtout dans le cadre du contrôle *a priori* étant un contentieux « objectif » qui ne lèse pas des parties identifiées, vu qu'il s'agit en tout état de cause de textes non encore promulgués et donc non encore applicables⁴¹!

Il n'est toutefois pas inutile que cette procédure atypique ait été placée d'emblée sous les feux des projecteurs parce que son exercice a permis de révéler – peut-être « à temps » ou « en temps opportun » – un certain dysfonctionnement dont l'analyse pourrait éclairer la future position de Cour Constitutionnelle à cet égard ?

En fait, le renvoi par l'IPCCPL d'une question non tranchée au Président de la République n'équivaut ni à une déclaration de constitutionnalité ni à une décision d'inconstitutionnalité, ce qui signifie que la même question ou le même type de recours peut non seulement être de nouveau posé(e) à l'IPCCPL, mais également à la Cour constitutionnelle... notamment à l'occasion d'une révision des textes concernés (tel que la loi électorale)... Et recevoir une réponse claire si une majorité suffisante se dégage.

Ainsi, lors de la révision de la loi organique n° 2014-16 du 24 mai 2014 par la loi organique n° 2017-7 du 14 février 2017, l'interdiction faite aux forces de l'ordre et aux membres de l'armée de voter a été partiellement levée, du moins à l'échelle locale, alors même que la conformité de cette interdiction à la Constitution n'avait pas été tranchée par l'IPCCPL à l'époque.

⁴¹ Il convient de rappeler que le contentieux constitutionnel étant un « contentieux d'ordre public par nature », le déni de justice n'a pas exactement la même signification qu'en matière civile ou pénale par exemple. A cet égard, la doctrine française a identifié trois exemples constituant autant de cas-types de « dénis de justice constitutionnelle » ou de refus par le Conseil Constitutionnel (français) d'exercer le contrôle (préalable) de constitutionnalité des lois, à savoir : la jurisprudence relative aux lois référendaires considérées adoptées par le peuple lui-même (législateur suprême), la jurisprudence refusant de confronter les lois à la Constitution lorsque les textes lui sont difficilement « adossables » par exemple parce qu'ils traitent de sujets trop particuliers (e.g. loi sur la bioéthique) et la jurisprudence sur la double saisine par laquelle le Conseil constitutionnel refuse de contrôler une seconde fois les dispositions d'un même texte, même si celui-ci n'a pas encore été promulgué. Dans ces trois cas de figure, aucune sanction n'est prévue et l'on aboutit dans deux cas sur trois (lois référendaires et double saisine) à une absence de prise de décision quant au caractère conforme (ou non) des dispositions objet du recours à la Constitution, tout comme dans le cas d'espèce tunisien, mais là s'arrêtent les similitudes. Voy. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 236 et s.

Un tel « revirement » du législateur souverain semble indiquer qu'il ne convient en fait d'accorder aucune « présomption de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité » aux projets de textes susceptibles de donner lieu à de tels renvois en cas d'absence de prise de décision à l'issue de l'écoulement des délais et/ou pour défaut de majorité.

En effet, la promulgation d'un projet de texte ayant fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité qui aurait fini par être renvoyé au Président de la République ne constitue pas forcément la garantie absolue de sa conformité à la Constitution, dans toute la mesure où le Président de la République n'est plus, comme dans la Constitution de 1959, le « gardien/garant de la Constitution », tout en demeurant néanmoins chargé de veiller au respect de celle-ci (art. 80 de la Constitution de 2014), ce qui veut simplement dire que la question de la constitutionnalité des dispositions à propos desquelles l'IPCCPL (ou plus tard la Cour constitutionnelle) ne se prononce pas peut, à tout moment, se poser à nouveau dans le cadre d'un contrôle tant *a priori* qu'*a posteriori* ou même à l'occasion du vote d'un nouveau texte, sans oublier que le législateur souverain lui-même peut changer d'avis à l'occasion d'un changement de majorité parlementaire ou en fonction de diverses alliances politiques plus ou moins heureuses...

En effet, il convient de ne pas oublier que les recours *a priori* sont souvent intentés par une minorité parlementaire contre des textes votés par la majorité, ce dont il résulte que la juridiction constitutionnelle a quasiment vocation à arbitrer entre deux interprétations *politiques*, d'où la difficulté de dégager une position *juridique* permettant de déclarer clairement la conformité ou la non-conformité à la Constitution.

D'ailleurs, il est intéressant de noter que si l'IPCCPL a commencé à user de cette procédure de manière relativement timide, en laissant d'abord les délais s'écouler avant de renvoyer au Président de la République les recours à propos desquels elle ne parvenait pas à dégager une majorité lui permettant de se prononcer, elle a progressivement acquis plus d'audace en y recourant avant même l'écoulement desdits délais, lorsqu'il lui apparaissait clairement qu'elle ne parviendrait à aucune majorité, même en prolongeant les délais comme l'y autorisait la loi, et ce, notamment pour ne pas retarder inutilement la procédure législative et parce qu'elle a estimé que son « silence » n'était en rien constitutif d'un « déni de justice » mais était au contraire une porte ouverte sur l'avenir.

En 4 ans d'existence, la pratique a donné lieu à l'application de cette procédure originale au moins quatre fois par l'IPCCPL, à savoir :

- une fois au titre de la loi électorale dans le cadre d'un courrier adressé le 20 mai 2014 au Président de la République, portant l'intitulé suivant en objet : « Renvoi du dossier relatif au recours n° 1 interjeté contre l'article 6 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums » et formulé en ces termes très laconiques : « L'IPCCPL a l'honneur de vous renvoyer le dossier afférent au recours en inconstitutionnalité interjeté par un certain nombre de députés contre l'article 6 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums, et ce, conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 23 de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014... »⁴² ;
- deux fois au titre de la loi sur le Conseil supérieur de la magistrature : d'abord au niveau de la décision n° 2016-1 du 22 avril 2016 rendue à propos du projet de loi organique relative au CSM révisé pour la deuxième fois, presque une année après l'édition de sa décision n° 2015-2 du 8 mai 2015 qui avait abouti à prononcer l'inconstitutionnalité de quelques articles de ce projet (art. 4, 10, 11, 12, 17, 42, 60 et 81), sachant que la « première » deuxième lecture n'avait pas été validée par l'Instance (décision n° 2015-3 du 22 décembre 2015, précitée) et que le projet a de nouveau été soumis à l'ARP qui a voté une dernière mouture le 23 mars 2016, transmise à l'Instance le 29 mars 2016, mais, à ce moment-là, l'Instance a « décidé de renvoyer du projet... au Président de la République pour défaut d'obtention de la majorité absolue nécessaire au prononcé d'une décision, conformément à la loi n° 2014-14 du 18 avril 2014... » (sans préciser quel article)⁴³; puis dans le cadre de la décision n° 2017-1 du 11 avril 2017 : une année après l'adoption « en dents de scie » de la loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016 relative au CSM, un blocage politique n'a pas permis la formation du premier Conseil dans les délais⁴⁴, ce qui a donné lieu à une révision législative du texte pour tenter de débloquent la situation et l'IPCCL en formation restreinte (quatre membres) a eu à examiner un recours contre ce projet, qui a abouti à la promulgation de la loi organique n° 2017-19 du 18 avril 2017 par le Chef de l'État, sans que soit tranchée sa conformité ou sa non-

⁴² Cette publication n'est pas intitulée « décision », contrairement au choix ultérieur de l'Instance à ce sujet. Voy. JORT n° 41 du 23 mai 2014, p. 1351 ; étant précisé que ce courrier a été publié en même temps que les décisions n° 2014-1 à 2014-5 relatives au projet de loi organique relatif aux élections et aux référendums.

⁴³ JORT n° 35 du 29 avril 2016, p. 1656. On note qu'une motivation, ainsi que l'expression « décision » apparaissent clairement dès cette date.

⁴⁴ Rappel : ce blocage a commencé en novembre 2016 lorsque l'ancien Premier président de la Cour de cassation n'a pas convoqué la première réunion du CSM avant son départ à la retraite, divers postes vacants n'ayant ainsi pas été pourvus, dont le sien, puis celui du Premier Président de la Cour des comptes, situation qui s'est répercutée sur la composition de l'Instance jusqu'en juin 2017.

conformité à la Constitution⁴⁵. Dans cette situation précise, l'absence de majorité était due à l'auto-récusation de l'un des membres de l'IPCCPL, validée par les trois autres, rendant techniquement impossible toute prise de décision, d'où le renvoi au Président de la République (art. 21 de la loi n° 2014-14)⁴⁶.

- et une fois au sujet du projet de loi sur la réconciliation administrative (décision n° 2017-8 du 17 octobre 2017) : ce texte se proposait d'instituer une amnistie pénale au profit des fonctionnaires et assimilés au sens des articles 82 et 96 du Code pénal ayant contrevenu aux règlements ou porté préjudice à l'administration en générant un avantage illicite au profit de tiers, mais sans en retirer de bénéfice personnel, au cours de la période allant du 1^{er} juillet 1955 au 14 janvier 2011 et faisant l'objet de poursuites ou de condamnations. L'IPCCPL a clairement indiqué qu'elle avait « décidé » de renvoyer le projet au Président de la République pour absence de majorité, sans évoquer la question des délais, ni même l'article 23 de la loi n° 2014-14 dans son dispositif, mais uniquement l'article 21 de ce texte⁴⁷.

On note ainsi une évolution presque imperceptible de la position de l'IPCCPL au sujet de cette procédure de renvoi, puisqu'au lieu d'avouer en quelque sorte un constat d'échec en cas d'écoulement des délais sans prise de décision, sur la base d'une lecture combinée des articles 21 et 23 de la loi n° 2014-14, elle a assumé son incapacité à trancher en l'absence de majorité absolue dans un sens ou dans l'autre, s'autorisant à renvoyer des projets au Président

⁴⁵ Voy. la loi organique n° 2017-19 du 18 avril 2017 ajoutant un quatrième alinéa à l'article 36 de la loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016, ainsi rédigé : « A défaut du quorum mentionné à l'alinéa précédent, la réunion se tient valablement *une heure après*, à condition que le nombre des membres présents ne soit pas inférieur au tiers », ainsi qu'un article 79 bis au sein du chapitre V consacré aux dispositions transitoires : « Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 32 et de l'article 33 de la loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016, relative au CSM, il est procédé, en cas de vacance au CSM ou à l'un des conseils de la magistrature, à l'élection d'un président et d'un vice-président au conseil concerné pour exercer leur mission de manière temporaire jusqu'à ce que la vacance soit comblée par l'élection d'un président et d'un vice-président » et abrogeant l'al. 2 de l'art. 73 qui prévoyait ce qui suit : « La première séance du conseil a lieu, sur convocation du président de l'instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire, dans un délai maximum d'un mois à compter de la date de réception des résultats des élections » (JORT n° 31 du 18 avril 2017, p. 1443).

⁴⁶ En effet, après avoir considéré que « l'article 21 de la loi relative à l'IPCCPL a prévu la présence de 4 membres pour permettre à l'Instance de délibérer valablement », puis constaté que « ce quorum n'est plus atteint du fait de l'acceptation de l'auto-récusation », l'IPCCPL a décidé : « de transmettre au Président de la République le projet de loi n° 2017-27 portant révision de la loi n° 2016-34 du 28 avril 2016 relative au CSM en l'état pour cause d'absence du quorum légal lui permettant de siéger en vue d'en examiner la constitutionnalité » (JORT n° 31 du 18 avril 2017, p. 1443).

⁴⁷ En effet, après avoir rappelé la teneur de l'article 21 de la loi n° 2014-14 du 18 avril 2014, selon lequel : « L'instance prend ses décisions à la majorité absolue de ses membres... » et après en avoir délibéré, l'IPCCPL a décidé : « Le renvoi au Président de la République du projet de loi organique n° 2015/49 portant réconciliation administrative [...] et ce, pour non obtention de la majorité absolue pour prendre une décision à ce sujet, comme exigé par la loi ». Voy. la Décision n° 2017-8 du 17 octobre 2017 relative au projet de loi n° 2015-49 sur la réconciliation dans le domaine administratif (JORT n° 85 du 24 octobre 2017).

de la République pour mettre les acteurs du jeu politique face à leurs responsabilités et laisser éventuellement aux projets le temps de mûrir et d'évoluer, sachant que le temps du droit n'est pas forcément toujours celui de la politique politicienne, le silence étant alors de loin préférable à la précipitation... D'autant que la procédure de renvoi a été organisée de telle manière à être incontournable en présence de deux « blocs » de points de vue différents et irréductibles et en l'absence de voix prépondérante du Président !

Quoi qu'il en soit, cette attitude a donné lieu à de nombreuses critiques, émanant notamment de la doctrine, accusant l'IPCCPL de « botter en touche »⁴⁸ et la sommant de s'exprimer ou du moins de publier les arguments des requérants et les éventuelles observations en réponse et même de « motiver »⁴⁹ son absence de prise de décision, en dévoilant, en partie, les raisons l'ayant empêchée de se prononcer, ce qui est pour le moins paradoxal lorsque l'on sait que les membres prêtent serment d'observer le « secret des délibérations et du vote » (art. 7 de la loi n° 2014-14 du 18 avril 2014)...

Pourtant, hormis dans le cadre du premier renvoi au Président de la République opéré par simple courrier (mai 2014), les autres projets ayant donné lieu à cette procédure ont inclus une argumentation préalable plus ou moins étoffée, un rappel de la procédure et certains éclaircissements...

De même, il n'est pas inutile de rappeler que seules les décisions proprement dites (de conformité à la Constitution ou d'inconstitutionnalité) sont soumises à l'obligation de motivation, alors que la transmission des recours au Président de la République n'en est justement pas une, même si l'Instance semble laisser entendre le contraire dans ses trois dernières décisions de renvoi où une motivation peut en outre bel et bien être décelée, à savoir le constat de l'impossibilité de parvenir à une majorité susceptible d'aboutir à une prise de décision dans un sens ou dans l'autre....

Enfin, s'il semble tout à fait envisageable de procéder à la publication des moyens des recours ayant donné lieu à une procédure de renvoi, éventuellement accompagnée de celle des observations en réponse des autres parties intervenantes, dans l'intérêt de la transparence et de la bonne gouvernance, sachant qu'il est possible d'y accéder par ailleurs auprès des instances concernées, il est beaucoup moins évident d'admettre la publication du raisonnement

⁴⁸ Voy. F. Moussa, « L'Instance a choisi de 'botter en touche' », à paraître aux *Mélanges Mohamed Salah Ben Aïssa*, CPU, Tunis.

⁴⁹ Voir B. Bartegi, « L'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois : le déni de motivation », *Revue tunisienne des sciences juridiques et politiques*, 2018, vol. 1, n° 3, CPU, p. 1-5.

proprement dit de l'Instance l'ayant amenée à recourir à une telle procédure, soit à dévoiler les positions de ses deux « blocs » de membres, sans violer plus ou moins le secret des délibérations, à moins de choisir d'y renoncer à l'avenir ?

Sans aller jusqu'à autoriser les juges constitutionnels tunisiens à émettre des opinions dissidentes, à l'instar de ce qui est autorisé aux magistrats de la très respectée Cour internationale de Justice, l'article 27 de la loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015, qui affirme avec force l'obligation de discrétion des membres de la Cour constitutionnelle, semble cependant aller très partiellement dans ce sens, en autorisant exceptionnellement les membres de ladite Cour à publier, mais uniquement dans des « revues juridiques spécialisées » des « commentaires des décisions rendues par la Cour », étant précisé que la lecture intégrale de cet article milite en faveur d'une interprétation très limitée de ses dispositions finales, allant plutôt dans le sens d'une vulgarisation ou d'une explication pédagogique de ses décisions⁵⁰.

En définitive, si cet aperçu de l'IPCCPL a pu apporter un éclairage sur son rôle en période de transition, il convient de signaler que ses décisions ont, en tout état de cause, été abondamment commentées chaque fois qu'elle a eu à se prononcer dans un sens ou dans l'autre (conformité ou non-conformité à la Constitution), mais jamais autant que lorsqu'elle a gardé un *assourdissant silence*...

CONCLUSION

Quoi qu'il en soit, vilipendée pour sa couardise ou encensée pour son audace, l'IPCCPL n'a pas eu un rôle facile à jouer en période de transition et les quelques arrêts (une quarantaine à l'échéance du premier semestre de l'année 2018) formant sa brève jurisprudence sont loin d'avoir été entièrement disséqués, d'où il reste à espérer que les difficultés qu'elle a rencontrées puissent servir à faciliter le fonctionnement de la Cour constitutionnelle que chacun appelle de ses vœux pour consolider la construction de notre jeune démocratie...

⁵⁰ En effet, l'article 27 dispose expressément ce qui suit : « Les membres de la Cour constitutionnelle sont astreints au devoir de discrétion, et ce, en s'abstenant de tout ce qui est susceptible de compromettre leur indépendance, impartialité et intégrité. Il leur est interdit pendant la durée de leur mandat de prendre aucune position publique, d'émettre aucun avis ou de donner des consultations sur des questions relevant du domaine de compétence de la Cour constitutionnelle. Sont exceptées de l'interdiction, les commentaires des décisions rendues par la Cour constitutionnelle qui ne sont publiés que dans les revues juridiques spécialisées ».

EL REGIMEN DE LA PROTECCION JURIDICA DEL TRABAJADOR ENFERMO EN ESPAÑA Y SU MEJORA
POR EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca*

Tabla de contenidos

SOBRE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	80
ABOUT MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA.....	81
À PROPOS DE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	82
INTRODUCCIÓN.....	83
1. LA ESCASA PROTECCION DEL TRABAJADOR ENFERMO EN LA EMPRESA	85
2. DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO Y SU CONTRASTE CON DERECHOS FUNDAMENTALES Y NO FUNDAMENTALES	87
3. LA TUTELA DE LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN LA DIRECTIVA 2000/78 COMO VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN.....	89
4. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE INCAPACIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD	93

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Sevilla, España).

Abstract

As is customary for the Member States of the European Union, the legal regulation of work incapacity and disability in Spain is based on two different pillars: on the one hand, the regulation of the employment contract provides for the non-extinction of the contract if the worker suffers an accident or an occupational or other illness. It is possible to suspend the contract and replace income with economic subsidies from the Social Security. Only if the disability becomes more severe and permanent is the benefit converted to a pension. On the other hand, outside the labour market, public authorities take care of people with disabilities, in accordance with the mandate given to them by the Spanish Constitution.

The protection of sick workers in Spain has received a major boost based on Community case law, linked to Directive 2000/78, the objective of which is to combat discrimination on various grounds, including disability. The improvement comes from the inclusion of certain diseases in this concept. The objective is to prevent the employer from freely disposing of workers suffering from serious, chronic, long-term or unpredictable illness. To this end, the focus is on what is known as “reasonable accommodation”. The study presented here will therefore focus on the protection of sick workers in Spanish labour legislation, with particular emphasis on the loss of the “nullity” character of the dismissal by the worker whose contract is suspended for this reason. Then, the possibility of offering the necessary protection by invoking the fundamental rights recognised by the Spanish Constitution will be analysed. Thirdly, there will be a list of the contributions of Community case law to the debate on the basis of the preliminary questions referred to it, many of which come from Spanish courts. Finally, it will be proposed to reform Spanish legislation on the basis of the consequences of these judicial decisions.

Résumé

Comme il est d'usage dans les États membres de Union européenne, la réglementation juridique de l'incapacité de travail et du handicap en Espagne repose sur deux piliers différents : d'une part, la réglementation du contrat de prévoit la non-extinction du contrat si le travailleur subit un accident ou une maladie, professionnelle ou autre. Il est possible de recourir à la suspension du contrat et à la substitution des revenus salariaux par des subventions économiques accordées par la Sécurité sociale. Ce n'est que si l'incapacité devient plus grave et permanente que la prestation est convertie en pension. D'autre part, et de l'extérieur du marché du travail, les pouvoirs publics s'occupent des personnes handicapées, conformément au mandat qui leur a été confié par la Constitution espagnole.

La protection des travailleurs malades en Espagne a connu une impulsion importante fondée sur la jurisprudence communautaire, liée à la directive 2000/78, dont l'objectif est la lutte contre la discrimination fondée sur divers motifs, dont le handicap. L'amélioration provient de l'inclusion de certaines maladies dans ce concept. L'objectif est d'empêcher l'employeur de se séparer librement de travailleurs souffrant d'une maladie grave, chronique, de longue durée ou imprévisible. À cette fin, l'accent est mis sur ce que l'on appelle les « aménagements raisonnables ». L'étude présentée ici se penchera donc sur la protection des travailleurs malades dans la législation du travail espagnole, avec un accent particulier sur la perte du caractère « nul » du licenciement subi par le travailleur dont le contrat est suspendu pour cette raison. Ensuite, la possibilité d'offrir la protection nécessaire en invoquant les droits fondamentaux reconnus par la Constitution espagnole sera analysée. Troisièmement, il y aura une liste des contributions de la jurisprudence communautaire au débat sur la base des questions préjudicielles qui lui ont été posées, dont un grand nombre proviennent de juridictions espagnoles. Enfin, il sera proposé de réformer la législation espagnole sur la base des conséquences de ces décisions judiciaires.

SOBRE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca es Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Se doctoró en 2004 con una tesis titulada “*Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social (España y la Unión Europea)*”, que recibió el Accésit de los Premios 2005 para tesis doctorales del Consejo Económico y Social de España.

Su investigación se ha dirigido hacia ámbitos muy variados, tanto de Seguridad Social como de Derecho del Trabajo, si bien una línea central la constituye el estudio de la incapacidad laboral del trabajador y sus efectos en el contrato de trabajo. A este tema responden diversos artículos publicados en la Revista *Relaciones Laborales*, como “La gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas” o “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal”, así como, más recientemente, la monografía *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad/discapacidad del trabajador* (Bomarzo, 2017). Últimamente, ha dedicado su atención al despido por ineptitud del trabajador y ha realizado un estudio de Derecho Comparado, ayudado por el Profesor Pierre-Yves Verkindt, sobre la regulación española y la francesa, que se encuentra en prensa en la Revista *Droit Social*.

Además de en nuestra Universidad, ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Ferrara, Lyon, Oxford y Pompeu Fabra de Barcelona. Actualmente, prepara una nueva monografía sobre las pensiones no contributivas, otro de sus temas preferidos de investigación, como puede observarse a partir de una comunicación en las Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo sobre la renta básica en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, que recibió el I Premio Ángel Olavarría Téllez, otorgado por la Fundación de Cultura Andaluza.

Durante su estancia en la Universidad La Sorbona París 1 en septiembre-octubre 2018, impartió docencia en diversas titulaciones y pronunció una conferencia, invitado por la Facultad de Derecho, sobre “El régimen de la ineptitud médica en España”, que sirve de base para el artículo que publica en nuestra Revista.

Giuliana Marino

Miembro del comité de lectura de la revista
Becario doctoral en la Facultad de Derecho de la Sorbona

ABOUT MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca is a lecturer in labour and social security law at the University of Seville. In 2004, he defended his thesis on *Social Protection, Social Security and Social Assistance (Spain and the European Union)*, which in 2005 received the *Accésit de los Premios* awarded by the Economic and Social Council of Spain.

Although the fields of his research are very varied, both in social and labour law, the study of the worker's incapacity and its effects on the employment contract constitutes the main focus of his research activity. He has published several articles on this subject in the journal *Relaciones laborales*, such as “La gestion de la incapacidad temporal por las Mutuas” or “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal” and more recently the monograph *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad/discapacidad del trabajador* (Bomarzo, 2017). He recently focused his reflections on dismissal due to the incapacity of the worker, which led to a comparative law study conducted with Professor Pierre-Yves Verkindt on the subject of French and Spanish regulations, published in the journal *Droit social*.

He has also carried out research stays to the Universities of Ferrara, Oxford and Pompeu Fabra in Barcelona. He is currently writing a monograph on non-contributory pensions, which is another of his areas of specialization and on which he prepared a paper in the Andalusian Labour Law Days organized by the Institute of Autonomy of Andalusia, focusing on minimum income, and which received the first Ángel Olavarría Téllez Prize from the Andalusian Cultural Foundation.

During a visit to the University Panthéon Sorbonne in September-October 2018, he gave several courses and gave a public lecture on the Regime of Medical Incapacity in Spain. This intervention inspired the article that we are pleased to publish in this Review.

Giuliana Marino
Member of the Reading Committee of the Sorbonne Student Law Review
Doctoral Fellow at the Sorbonne Law School

À PROPOS DE MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca est maître de conférence en droit du travail et de la sécurité sociale à l'Université de Séville. Il a soutenu en 2004 la thèse *Protection sociale, sécurité sociale et assistance sociale (Espagne et Union européenne)* qui a reçu en 2005 l'*Accésit de los Premios* délivré par le Conseil économique et social d'Espagne.

Bien que les domaines de ses recherches soient très variés, à la fois en matière sociale et du droit du travail, l'étude de l'incapacité du travailleur et de ses effets sur le contrat de travail constitue l'axe principal de son activité de chercheur. Il a publié plusieurs articles sur ce sujet dans la revue *Relaciones laborales* comme « La gestion de la incapacidad temporal por las Mutuas » ou encore « Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal » et plus récemment la monographie *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad/discapacidad del trabajador* (Bomarzo, 2017). Il a dernièrement concentré ses réflexions sur le licenciement en raison de l'inaptitude du travailleur qui ont abouti à une étude de droit comparé menée avec le Professeur Pierre-Yves Verkindt au sujet de la réglementation française et espagnole et qui a été publiée dans la revue *Droit social*.

Il a aussi réalisé des séjours de recherche dans les Universités de Ferrara, Oxford et Pompeu Fabra de Barcelone. Il rédige actuellement une monographie sur les pensions non contributives qui constituent un autre de ses domaines de spécialisation et au sujet duquel il a préparé une communication dans les Journées andalusiennes de droit du travail organisées par l'Institut de l'Autonomie de l'Andalousie, relative plus particulièrement au revenu minimum, et qui a reçu le premier Prix Ángel Olavarría Téllez de la Fondation culturelle andalousienne.

À l'occasion d'une visite à l'Université Panthéon Sorbonne en septembre-octobre 2018 il a donné plusieurs cours et a donné une conférence sur le régime de l'inaptitude médicale en Espagne. Cette intervention a inspiré l'article que nous avons le plaisir de publier dans la présente revue.

Giuliana Marino

Membre du comité de lecture de la Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
Doctorante contractuelle à l'École de droit de la Sorbonne

INTRODUCCIÓN

Como suele ser habitual en los Estados Miembros de la UE, la ordenación jurídica de la incapacidad laboral y de la discapacidad en España se estructura sobre dos pilares distintos: por un lado, la norma reguladora del contrato de trabajo –el Estatuto de los Trabajadores (ET¹)– prevé la no extinción del contrato si el trabajador sufre un accidente o una enfermedad, ya sean laborales o de carácter común. Se recurre a la suspensión del contrato y a la sustitución de las rentas salariales por subsidios económicos otorgados por la Seguridad Social. Sólo si la incapacidad alcanza una mayor gravedad y permanencia, los subsidios se convierten en pensiones². Por otro lado, y desde el exterior al mercado de trabajo, los poderes públicos atienden a las personas discapacitadas, respondiendo al mandato que les da la Constitución Española (CE³). Esta protección se refiere a quienes, por cualquier causa, se encuentran afectados por limitaciones que afectan en alto grado a sus capacidades personales en general: de movilidad, aprendizaje, relación social, capacidad laboral, etc. Se entiende de una manera mucho más amplia que la incapacidad estrictamente laboral, pues abarca ámbitos de la vida muy diversos: vivienda, educación, trabajo, etc. La mayor parte de este segundo pilar lo constituye el colectivo de personas discapacitadas desde su nacimiento (o “de origen”) que no han podido acceder al mercado de trabajo. En relación a este último aspecto, la actuación de los poderes públicos españoles ha tratado de facilitar su desarrollo profesional mediante la promoción de empresas *sui generis*, cuyas actividades no presentan elevada dificultad (como puede ser la jardinería), y que en el ordenamiento español reciben la denominación de Centros Especiales de Empleo. Desde el punto de vista jurídico, la relación entre “trabajador-discapacitado” y empresario se articula mediante un contrato especial con una regulación mixta –la propia del contrato de trabajo ordinario y determinadas adaptaciones del régimen jurídico de éste– que recibe el nombre de “relación laboral especial de las personas con discapacidad”⁴.

Así como la incapacidad laboral se regula por diversos artículos del ET y de la LGSS, la atención de la discapacidad se ha hecho por una normativa muy variada, que, en lo laboral, se ha regido durante muchos años por la Ley 13/1982⁵, y que, actualmente, lo hace por una

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

² Arts. 45.1.c) y 48.2 ET, así como arts. 169-176 y 193-203 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

³ Art. 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

⁴ Art. 2.1.g) ET y Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

⁵ De 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI).

norma mucho más amplia, que no se limita al derecho al trabajo, y que pretende secundar de algún modo el modelo social de la discapacidad que, impulsado por la ONU, ha sido recibido y aceptado por la UE⁶. Se trata del Real Decreto Legislativo 1/2013, de los derechos de las personas con discapacidad⁷. También la Seguridad Social les dispensa cierta atención mediante la pensión no contributiva de invalidez. Por otro lado, desde hace ya algún tiempo, pero con un desarrollo muy lento por las limitaciones presupuestarias, se ha puesto en marcha un Sistema de ayuda a la dependencia, mediante el cual se trata de contribuir a sufragar los gastos de asistencia que puedan ser precisos, ya se trate de la retribución de una tercera persona que ayuda al discapacitado en la realización de las actividades básicas de la vida ordinaria, o del abono del coste de su manutención y alojamiento en una residencia especial⁸.

La protección del trabajador enfermo ha experimentado en España un impulso importante a partir de la jurisprudencia comunitaria; relacionada con la Directiva 2000/78, cuyo objetivo es la lucha contra la discriminación por diversos motivos, entre los que se encuentra la discapacidad⁹. La mejora procede de la inclusión en dicho concepto de determinadas enfermedades. Se trata así de impedir que el empresario prescindiera libremente de los trabajadores aquejados de una enfermedad grave, crónica o de larga o impredecible duración. Y para ello se hace hincapié en los llamados “ajustes razonables”, a los que se refiere la Directiva como “medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación”¹⁰.

Este *corpus* de jurisprudencia obliga a una triple revisión de la normativa española: por un lado, en orden a alcanzar una presencia clara y nítida de la obligación empresarial de acometer los ajustes razonables en el puesto del trabajador que deviene discapacitado en el sentido de la Directiva comunitaria; por otro, la necesaria elevación del *status* protector de los

⁶ El modelo social de discapacidad se caracteriza por achacar la responsabilidad de la discapacidad a la propia sociedad y a sus estándares de “normalidad”. M. Olivier, *Understanding disability. From theory to practice*, Palgrave Mcmillan, 2ª ed., 2009. Se distingue así del modelo médico, que se centra exclusivamente en la persona y en sus limitaciones funcionales. En la doctrina española: D. Gutiérrez Colominas, *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Bomarzo, 2019, pp. 56-65.

⁷ De 29 de noviembre (LGDPD).

⁸ Arts. 363-368 LGSS, así como Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁹ Del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Los otros motivos que cita la Directiva y que pueden dar lugar a una discriminación prohibida son la religión, la edad y la orientación sexual. Esta Directiva se une a las ya existentes para luchar contra la discriminación por razón de raza y sexo.

¹⁰ Art. 5.

trabajadores que, sin llegar a alcanzar la calificación de “discapacitados”, presentan lesiones o deficiencias permanentes; y, en último lugar, el afianzamiento de la inclusión laboral de los discapacitados de origen. Y es que, como podrá comprenderse, estamos ante un fenómeno de “vasos comunicantes” donde la mejora laboral y social de uno de estos colectivos debe ir acompañada de un avance simultáneo en los otros dos, pues, de lo contrario, aletea el peligro de “agravios comparativos” entre ellos y la reivindicación de mayor justicia plasmada la igualdad de trato.

Es cierto que hay quienes se muestran críticos con estas intervenciones de la Corte de Luxemburgo, que provoca verdaderos terremotos en las estructuras jurídicas de los Estados Miembros. Esto, en parte, es cierto, pero no hay que olvidar que estamos ante una situación de cesión de soberanía, que incluye la afectación de nuestro Derecho interno y del de los restantes Estados, en *pro* de una homologación lo más amplia posible¹¹. Lo anterior no es óbice para reclamar también una actitud prudente al TJUE, que trate de evaluar las consecuencias que puedan tener los fallos de sus sentencias¹².

El estudio que se presenta va a hacer, pues, un recorrido por la protección del trabajador enfermo en la legislación laboral española, haciendo especial hincapié en la pérdida del carácter de “nulo” del despido sufrido por el trabajador cuyo contrato se encuentra en suspenso por tal motivo (1). A continuación, se analizará la posibilidad de ofrecerle la protección necesaria mediante la invocación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española (2). En tercer lugar, se hará un elenco de lo que la jurisprudencia comunitaria ha aportado al debate a partir de las cuestiones prejudiciales que se le han planteado, muchas procedentes de juzgados españoles (3). Finalmente, se hará una propuesta de reforma de la normativa española a partir de las consecuencias extraíbles de dichos pronunciamientos judiciales (4).

1. LA ESCASA PROTECCION DEL TRABAJADOR ENFERMO EN LA EMPRESA

El Derecho del Trabajo español protege al trabajador que enferma estableciendo la suspensión de su contrato de trabajo, en lugar de considerar tal situación como causa de extinción del mismo. Su ausencia al trabajo no se considera un incumplimiento del contrato,

¹¹ R. Alonso García, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas Thomson Reuters, 4ª éd., 2014, pp. 204-205, y 278; y J. Miranda Boto, “Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el Orden Social” in L. Dans Álvarez De Sotomayor (dir.), *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo, 2014, p. 284.

¹² R. Alonso García, *op. cit.*, pp. 314-315.

siempre que esté supervisada por los médicos correspondientes, que constatan la imposibilidad de trabajar¹³. De este modo, el ET menciona la “incapacidad temporal” como causa de esa situación de *impasse* del contrato, en la que el trabajador, por razones de salud, cesa en la prestación de servicios y el empresario deja de abonarle el salario¹⁴. Esta falta de retribución económica es suplida por un subsidio que concede la Seguridad Social¹⁵.

Si la incapacidad deja de ser “temporal” y deviene “permanente”, el legislador español entiende que, según la limitación de la capacidad laboral que presente el trabajador, el efecto de tal cambio será la reintegración del trabajador al puesto que la suspensión le había reservado (si la incapacidad permanente se puede calificar como “parcial”) o la extinción del contrato, dado que se considera que la incapacidad ha alcanzado un nivel que lleva a situar al trabajador en la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de trabajar: son los supuestos en los que la incapacidad permanente se califica como “total”, “absoluta” o “gran invalidez”¹⁶. En estos casos de permanencia de la incapacidad, la Seguridad Social otorga una indemnización, si se trata del grado menor (parcial), o una pensión si es alguno de los superiores¹⁷.

El despido del trabajador cuyo contrato se encontraba en suspenso por enfermedad dejó de ser sancionado con la nulidad en 1994¹⁸, de modo que desde entonces resulta viable para el empresario prescindir del mismo a cambio de una indemnización mayor –la prevista para el despido calificado judicialmente como “improcedente”¹⁹-. Tal reforma cabe enmarcarla dentro de una auténtica relativización del régimen jurídico del despido, por la que se abandona la exigencia de causa real, de modo que pasa a ser suficiente la alegación de una mera causa,

¹³ Se trata de los médicos del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma donde resida el trabajador, o de la Mutua Colaboradora con la Seguridad por la que la empresa haya optado para proteger los riesgos profesionales de sus trabajadores.

¹⁴ Art. 45, apartados 1.c) y 2 ET.

¹⁵ Arts. 169-176 LGSS.

¹⁶ Art. 49.1.e) ET. A la espera de que se produzca el desarrollo reglamentario del art. 194 LGSS, de acuerdo con su Disposición Transitoria 26ª, se entiende por IP parcial (IPP) “la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”; por IP total (IPT) “la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”; por IP absoluta para todo trabajo (IPA) “la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”; y por Gran Invalidez (GI) “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

¹⁷ Art. 196 LGSS.

¹⁸ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹⁹ Art. 56.1 ET: “treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”.

aunque ésta no coincida con lo acaecido en la realidad. Tan sólo se mantendrá una protección reforzada (nulidad del despido) para los casos en donde se haya producido una violación de derechos fundamentales, una discriminación del trabajador o cuando la causa real de la extinción haya sido el embarazo de la trabajadora²⁰.

Así las cosas, con la conversión de la nulidad en improcedencia, el trabajador enfermo quedaba, en principio, desprotegido, salvo que se pudiera demostrar que su despido violaba alguno de esos derechos, que la CE circunscribe a los ubicados en la Sección 1ª del Capítulo II de su Título I, junto a los arts. 14 y el 30.2 (derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia, respectivamente). Por tanto, los siguientes: la igualdad de trato y la prohibición de discriminación (art. 14), la protección de la vida humana y la integridad física (art. 15) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Tanto el derecho al trabajo (art. 35) como el derecho a la protección de la salud (art. 43) carecen de la condición de fundamentales en el ordenamiento español.

2. DESPIDO DEL TRABAJADOR ENFERMO Y SU CONTRASTE CON DERECHOS FUNDAMENTALES Y NO FUNDAMENTALES

Curiosamente, no ha sido tanto el Tribunal Constitucional (TC) como el Supremo (TS), en bastantes ocasiones haciendo uso de criterios argumentativos del primero, el que ha ido rechazando que el acto empresarial de despido del trabajador enfermo conculcara alguno de los derechos fundamentales indicados, admitiendo tan sólo la violación de los mismos en supuestos muy concretos y cerrados.

Así, se ha considerado que el art. 14 CE no resulta nunca afectado, puesto que la “enfermedad” no se menciona expresamente como causa de discriminación (como sí sucede con el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión) y sólo podría considerarse incluida en la referencia abierta del apartado segundo de dicho precepto (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), si las personas enfermas hubieran sido históricamente postergadas en la sociedad, lo que se considera que no ha sido el caso. De este modo, cuando sólo se utiliza en un sentido “funcional” (en cuanto “capacidad de hacer”) y no como cualidad que se rechaza (despido por padecer tal enfermedad) no hay lesión alguna discriminatoria. La discapacidad sí podría considerarse como una “condición” o “circunstancia” englobable en ese segundo apartado (la postergación o rechazo de las personas inválidas sí se habría dado en la

²⁰ Arts. 53.4 y 55.5 ET.

historia), pero la “enfermedad” no se puede equiparar a “discapacidad”²¹. Tal planteamiento serviría también de canon interpretativo de los arts. 4.2.c) y 17.1 ET²², que tampoco mencionan la enfermedad.

De igual modo, el derecho a la vida y a la integridad física se considera respetado, siempre que el trabajador no sea conminado expresamente por el empresario –mediante amenazas- a reincorporarse a su puesto, abandonando la baja médica. Mientras tal hecho no se produzca, el artículo 15 CE, en conexión con el derecho a la salud²³ –que, como se ha dicho, no tiene *per se* carácter de derecho fundamental sino de principio rector de la Política Social y Económica-, protege adecuadamente al trabajador enfermo, ya que éste puede recibir la asistencia sanitaria que precise hasta su recuperación, no afectando a su curación las vicisitudes por las que pueda atravesar el contrato de trabajo (los cuidados sanitarios no cesan por el hecho de que el contrato se extinga), aparte del subsidio económico que prevé el Sistema de Seguridad Social para tales situaciones y que se mantiene pese al despido²⁴.

Finalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva, que se conculcaría en cuanto el trabajador que hace uso de un derecho estatutario –suspender el contrato por razones de salud- no queda suficientemente protegido frente al empresario (“garantía de indemnidad”), quien puede llegar a expulsarlo de la empresa tan sólo a cambio del pago de una cantidad económica, se reconduce a otra interpretación más restringida, en el sentido de que sólo se acepta su violación si el trabajador enfermo que fuera despedido hubiera demandado judicialmente al

²¹ SSTs (ud) 29 de enero de 2001, rec. nº 1566/2000, 23 de septiembre de 2002, rec. nº 449/2002, y 11 de diciembre de 2007, rec. nº 4355/2006. No existe el “estado de salud” como causa de discriminación, como sí sucede en el Derecho francés: v. Art. L.1132-1 Code du Travail (CT).

²² Art. 4.2.c) ET: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:... A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”; art. 17.1 ET: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

²³ Art. 43 CE.

²⁴ SSTs (ud) 22 de noviembre de 2007, rec. nº 3907/2006, y 31 de enero de 2011, rec. nº 1532/2010, con mención de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 15 CE contenida en las SSTC 62/2007 y 160/2007.

empresario con carácter previo por otras razones, y quedara probado que se aprovecha la enfermedad del trabajador para despedirle como represalia. En definitiva, no se admite que haya una relación intrínseca entre tutela judicial y enfermedad²⁵.

Por otro lado, la dignidad de la persona²⁶ –que, en cuanto “puerta de entrada” a los restantes derechos fundamentales, goza también de dicho carácter-, se topa con la dificultad de que no se admite su invocación en solitario; es decir, el TC sólo acepta que se haga referencia a la misma en relación con otro derecho fundamental de la lista²⁷, con lo que su fuerza protectora queda muy minimizada, por no decir anulada.

En fin, otros derechos, como el ya mencionado “a la salud”, o “al trabajo”²⁸, carecen de la protección reforzada de los fundamentales, por su ubicación en lugar diverso de la CE, de modo que su invocación ante la jurisdicción sólo puede llevarse a cabo en relación con las leyes que los desarrollen²⁹, que no contemplan una sanción de acto nulo al despido llevado a cabo por el empresario, aparte de que la pérdida involuntaria del trabajo se entiende respetuosa con el derecho al mismo, desde el momento en que se prevé que el trabajador sea indemnizado por el empresario³⁰.

3. LA TUTELA DE LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN LA DIRECTIVA 2000/78 COMO VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN

Así las cosas, se produce el recurso al Derecho Comunitario en la materia de debate, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social de Madrid, en donde se requería que el TJUE se pronunciara sobre el concepto “discapacidad” de la Directiva 2000/78³¹. Dicha norma comunitaria había sido traspuesta al Derecho español por la Ley 62/2003³², cuyo contenido abarcaba materias muy diversas, si bien dedicaba un apartado al principio de igualdad de trato en las relaciones laborales y modificaba diversos artículos del ET y de la LISMI, para incluir la prohibición de la discriminación por discapacidad y hacer pesar

²⁵ La garantía de indemnidad “comporta la existencia de actuaciones previas del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos laborales y que precisamente sean esas actuaciones las que son objeto de represalia por parte del empresario” (STS (ud) 22 de septiembre de 2008, rec. n° 3591/2006).

²⁶ Art. 10 CE.

²⁷ STS (ud) 22 de noviembre de 2007, rec. n° 3907/2006.

²⁸ Art. 35.1 CE.

²⁹ STS (ud) 11 de diciembre de 2007, rec. n° 4355/2006.

³⁰ STS (ud) 22 de septiembre de 2008, rec. n° 3591/2006.

³¹ Del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Su objetivo, como señala su art. 1, es la lucha contra la discriminación por “motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

³² De 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

la carga de la prueba sobre el empresario si el trabajador demostraba indicios de haber recibido un trato desigual por su condición de persona discapacitada. Pese a todo, la discapacidad, en relación con el trabajo, se entendía en España como una afectación de la capacidad laboral especialmente grave, aparte de requerir que estuviera acreditada, desde una perspectiva global, por algún órgano administrativo nacional.

El Juzgado de lo Social madrileño interpelaba a la Corte de Luxemburgo sobre la posibilidad de entender la “discapacidad” como un estado genérico manifestado en deficiencias y factores que limitaban la actividad y la participación social³³, ya que, de ser así, consideraba que las consecuencias de una enfermedad podrían, en determinados casos, ser equivalentes a dichas deficiencias y, *per saltum*, se alcanzaría una equiparación entre “enfermedad” y “discapacidad”. Lo que se pretendía era la aplicación del art. 17 ET, que había sido reformado por la Ley 62/2003, para calificar de nula la decisión empresarial de despido (sin causa explícita) de una trabajadora, que en el momento de la extinción se encontraba enferma (baja por incapacidad temporal: IT), al incurrir en discriminación por discapacidad.

El TJUE, en el Asunto Chacón Navas³⁴, va a responder del siguiente modo: 1º) La discapacidad se refiere “a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”; 2º) Los conceptos de “discapacidad” y “enfermedad” son distintos, pero una limitación de larga duración puede incluirse en el primero de ellos; y 3º) No existe en Derecho Comunitario una prohibición de discriminación por enfermedad³⁵. Se trató de un primer paso a favor de la relación entre ambos conceptos, pese a hacerlo desde un punto de partida de la absoluta distinción entre ambos³⁶. No obstante este pronunciamiento, ni se produjo ninguna reforma del ET ni el TS español admitió que existiera relación alguna entre los dos conceptos³⁷.

³³ Para ello, el Juzgado madrileño seguía la definición contenida en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

³⁴ C-13/05, de 11 de julio de 2006.

³⁵ Apartados 43-47 y 54.

³⁶ Un comentario de esta Sentencia en A. Boujeka, “La définition du handicap en Droit Communautaire (à propos de CJCE 11 juill. 2006, Grande Chambre, Sonia Chacón Navas c/ Eurest Colectividades SA, aff. 13/045)”, *Revue du droit sanitaire et social*, 2011, n. 5; y D. L. Hosking, “A high bar for EU Disability Rights (Case C-13/05, Chacón Navas v Eurest Colectividades SA)”, *Industrial Law Review*, 2007, vol. 36, n.º 2.

³⁷ STS (ud) 11 de noviembre de 2007, rec. n.º 4355/2006, FD 6º: “La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un "estatus" que se reconoce oficialmente mediante

El segundo paso se va a dar siete años más tarde, y en este caso no va a ser un juzgado español, sino danés, el que plantee la cuestión prejudicial. El TJUE, en los Asuntos acumulados Ring y Skouboe Werge³⁸, va a modificar el concepto “discapacidad” utilizado hasta entonces, pues lo considera evolutivo y dinámico, y adoptará el determinado por la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la UE mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009. De este modo, “debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. A continuación, introducirá un nuevo matiz; de modo que, partiendo de la relación entre enfermedad y discapacidad -en cuanto aquélla puede ser origen de limitaciones a largo plazo-, se añade ahora que dicha enfermedad puede ser “curable” o “incurable”. Esto último profundiza en la vinculación señalada, de modo que ésta puede ser simultánea y no necesariamente sucesiva (primero se es “enfermo” y después “persona discapacitada”). La aportación se cierra con unas consideraciones que, en mi opinión, no son especialmente claras: por un lado, se afirma que la discapacidad no depende de que sean precisos los llamados “ajustes razonables”, pues éstos son la consecuencia de aquélla; y, por otro lado, se insiste en que la discapacidad que contempla la Directiva 2000/78 es la que permite trabajar, no la que deja a la persona en una situación de absoluta imposibilidad para ello³⁹.

De nuevo, no se va a ver afectada la normativa española, pero el TS sí va a empezar a cambiar su criterio, aceptando que la enfermedad de larga duración puede asimilarse a la discapacidad y, por tanto, desplegar la tutela antidiscriminatoria y el deber de ajustes razonables, si bien en el caso concreto rechazará finalmente la equivalencia de una forma poco convincente, al recurrir al tiempo que había mediado entre la fecha de baja médica y la fecha de despido⁴⁰. Pese a todo, la jurisprudencia española comenzaba a virar, una vez que se producía

una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido. Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades”.

³⁸ C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013.

³⁹ Apartados 38-41 y 43-46.

⁴⁰ STS (ud) 3 de mayo de 2016, rec. n° 3348/2014, FD 4º: “A la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido (11 de marzo de 2013), habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas

un segundo pronunciamiento del TJUE, que confirmaba la línea iniciada por el Asunto Chacón Navas, y que se presentaban cuadros médicos concretos que se consideraban idóneos para proceder a la equiparación: los dolores permanentes en la región lumbar de la Sra. Ring, para los que no había tratamiento; y el “latigazo vertical” (dolores por desgarramiento de los ligamentos que unen las vértebras cervicales) que aquejaba a la Sra. Skouboe Werge. Frente al giro incompleto del TS, algunos tribunales españoles comienzan a aplicar la doctrina Ring y a declarar la nulidad de despidos de trabajadores con enfermedades de este tipo o similares⁴¹.

Dos pronunciamientos judiciales del TJUE completan la jurisprudencia comunitaria que, a efectos de discapacidad, nos interesa; ambos constituyen sendas respuestas a cuestiones prejudiciales planteadas por Juzgados de lo Social españoles: el primero es el Asunto Daouidi, en donde se perfila el concepto en el sentido de descartar la identidad entre “incapacidad temporal” y “discapacidad”, al tiempo que se equipara a la limitación “de larga duración” aquélla que se prevé como “duradera”, aunque haya una cierta incertidumbre respecto de la prolongación exacta de la misma. El Tribunal de Luxemburgo considera que es al juez nacional a quien corresponde determinar la presencia o no del carácter duradero, al tratarse de una cuestión de hecho que no de derecho, pudiendo acudir a indicios o a documentos y certificados médicos⁴². El segundo pronunciamiento a que me refería es el Asunto Ruiz Conejero, que, relacionado de algún modo con el Asunto FOA -que había considerado que, en determinadas circunstancias, la obesidad podría estar incluida en el concepto “discapacidad”-, va a desvincular este último concepto –y, por tanto, la efectividad de la Directiva- del hecho de que

que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita”. El paréntesis es mío. El TS resuelve así el despido de una trabajadora que había sufrido un accidente de tráfico, que le había producido un “latigazo cervical”, atendiendo no a la expectativa de duración en el momento del despido, sino a la duración del proceso de baja médica. Un comentario crítico, acusando al Alto Tribunal de inmovilista, en J. L. Monereo Pérez, *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Bomarzo, 2017, p. 85.

⁴¹ SSTSJ C. Valenciana de 8 de mayo de 2014, rec. n° 778/2014, y Galicia de 22 de diciembre de 2015 rec. n° 3689/2015. Esta última fue posteriormente revocada por STS (ud) de 21 de septiembre de 2017, rec. n° 782/2016.

⁴² C-395/15, de 1 de diciembre de 2016, apartados 48, 53, 55-56 y 59. Véase sobre el Asunto Daouidi: E. Desdentado Daroca, “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 3; L. J. Dueñas Herrero, “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 5; S. Fernández Martínez, “Incapacidad Temporal y discriminación de discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 28; y J. Sánchez Pérez, “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-369/15)”, *Revista del Centro de Estudios Financieros Trabajo y Derecho*, 2017, n. 406.

el trabajador en cuestión tenga acreditada la condición de discapacitado por un ente administrativo del Estado Miembro de que se trate⁴³.

Una vez más, el legislador español decide no reformar la normativa vinculada con la discapacidad o a la incapacidad laboral; y el TS se mantiene en una postura idéntica a la de 2016, descartando en esta ocasión la aplicación de la tesis de la equiparación porque una incapacidad temporal, que no supera el año de duración, no puede cumplir con el requisito de “de larga duración”⁴⁴. Por último, en los tribunales inferiores, seguimos encontrando algunas decisiones favorables a la tesis del despido nulo, si bien siguen siendo bastante esporádicas⁴⁵.

4. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE INCAPACIDAD LABORAL Y DISCAPACIDAD

Todos los pronunciamientos del TJUE repercuten, sin duda, en el Derecho español que regula la discapacidad y la incapacidad laboral. Se trata de una afectación que, hasta el momento, es de carácter interpretativo, ya que, como he manifestado en el anterior apartado, no se ha producido ninguna intervención del legislador en orden a mejorar la transposición de la Directiva, mediante el añadido o corrección de artículos legales. El impacto, pues, se está produciendo en un nivel jurisprudencial y de doctrina judicial. En cualquier caso, hay suficientes argumentos ya para ofrecer algunas propuestas de reforma del derecho sustantivo.

⁴³ Asunto C-270/16, de 18 de enero de 2018, apartado 32. El Asunto FOA se identifica como C-354/13, de 18 de diciembre de 2014 y el apartado relevante es el n° 59. Véase sobre el Asunto Ruiz Conejero: D. Gutiérrez Colominas, “La discriminación por discapacidad en la regulación de las extinciones por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas: ¿Una cuestión europea de determinación nacional? STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto Ruiz Conejero”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 207 ; mi “Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa “rozando” el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)”, *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 81; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Discapacidad, enfermedad y despido”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 3, quien hace un estudio de toda la jurisprudencia comunitaria relativa a esta cuestión.

⁴⁴ STS (ud) 15 de marzo de 2018, rec. n° 2766/2016, FD Único: “La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, *fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo* (llevaba algo más de nueve meses de baja) y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a “enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador” sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora”. Paréntesis y cursiva míos. El TS no concreta con precisión a qué se refiere con “una resolución acerca de una situación duradera de futuro”.

⁴⁵ SSTSJ Galicia de 28 de marzo de 2018, rec. n° 359/2018; Aragón de 9 de mayo de 2018, rec. n° 211/2018; y Galicia de 18 de enero de 2019, rec. n° 3292/2018.

En relación con el deber de ajustes razonables, que la Directiva menciona en su art. 5, y que aparece transpuesto en los arts. 40 y 66 LGDPD, parece necesario su incorporación al ET y ofrecerlos como una medida a adoptar no sólo en el caso de los trabajadores cuya limitación se ajuste al concepto de “discapacidad” de la Directiva, sino con un alcance general para todos aquéllos que hayan experimentado una limitación de su capacidad laboral. Sería también deseable recuperar el despido nulo, con reincorporación inmediata del trabajador y sin posibilidad de indemnización sustitutiva, para todos los supuestos de despidos de trabajadores cuyo contrato se encuentre suspendido por incapacidad temporal, como medio de garantizar el derecho a la salud y la dignidad del trabajador enfermo⁴⁶. La solución que se permite hoy día de recurrir al despido objetivo por ineptitud sobrevenida o a la falta del rendimiento habitual, sin mayores cautelas ni limitaciones, constituye una preponderancia inadmisibles de criterios puramente economicistas. Precisamente aquí radica el logro del Derecho Comunitario: declarar nulos en cuanto discriminatorios los despidos de aquellos trabajadores que puedan ser considerados discapacitados por sus limitaciones a largo plazo, hayan sido calificados o no como tales por la Administración del Estado Miembro de que se trate, siempre que el empresario no haya estudiado y, en su caso, acometido la opción de los ajustes del puesto de trabajo⁴⁷.

En segundo lugar, carece de sentido que siga vigente una extinción automática del contrato laboral si el trabajador es calificado en incapacidad permanente total, absoluta o como gran inválido⁴⁸. Pese a que tal supuesto extintivo fue moderado en su día por la jurisprudencia⁴⁹, requiriéndose una cierta comprobación empresarial de la falta de aptitud laboral *in situ*, lo

⁴⁶ R. Esteban Legarreta, “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 6/2017, p. 14; y mi *La extinción del contrato...*, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁷ Aboga por una reforma del art. 52.a) D. Gutiérrez Colominas, “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 5, p. 529. En el mismo sentido, extendiendo la inclusión al apartado b) del mismo artículo: E. Terradillos Ormaetxea, “Las definiciones de “discapacidad” y “ajustes razonables” en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su consonancia con la reciente doctrina del TJUE: especial atención al despido”, *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 82 pp. 124-127 y 132.

⁴⁸ Art. 49.1.e) ET.

⁴⁹ SSTS de 14 de abril y de 12 de julio de 1988. Voy. mi *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2017, pp. 54-63. Más cautos, considerando el artículo viable siempre y cuando se cumpla con el deber de ajustes razonables, se muestran: J. L. Goñi Sein, B. Rodríguez Sanz De Galdeano, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 264-272; y D. Gutiérrez Colominas, “¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de Gran Invalidez, Incapacidad Permanente Total o Absoluta del trabajador (art. 49.1.e) TRLET? Una lectura integradora a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en J. Miranda Boto (dir.) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, 2018, pp. 284-294.

coherente sería, a mi juicio, la supresión de esa facultad⁵⁰, evitando así posibles confusiones interpretativas y rodeando de coherencia la extensión propuesta del deber de ajuste para todos los trabajadores discapacitados o incapacitados laborales (en el sentido del ET-LGSS). Es cierto que esa previsión estatutaria de la extinción automática respondía al hecho de que esos trabajadores pasaban a disfrutar de una pensión de Seguridad Social, pero cada vez se viene produciendo una mayor separación entre ambos planos (contractual y de protección social), al tiempo de que la carencia de los periodos de cotización requeridos hace que trabajadores que materialmente deberían ser calificados como incapacitados permanezcan sin calificar, al tiempo de que en las últimas décadas se favorece sin especial dificultad la compatibilidad entre trabajo y pensión de incapacidad permanente.

Finalmente, en tercer lugar, la protección a los discapacitados de origen merece una revisión de la relación laboral especial, que actualmente se limita a un empresario muy concreto, como es el Centro Especial de Empleo⁵¹. Si se quiere alcanzar una integración laboral efectiva, es conveniente que se ofrezca un contrato alternativo, altamente bonificado pero abierto a cualquier empresa, manteniendo las debidas adaptaciones de las condiciones de trabajo: duración de la jornada (favoreciendo el contrato a tiempo parcial), interrupciones (los antiguos “permisos”) para acudir a centros de rehabilitación o a una consulta médica, mayor flexibilidad en la medición del rendimiento así como en las causas de despido, etc. Por supuesto, el deber de ajustes razonables también deberá estar aquí presente. Actualmente, está prohibida la selección de trabajadores atendiendo a su condición de discapacitados⁵²; pero es cierto que, pese a esta prohibición, el acceso compitiendo con trabajadores no discapacitados sigue siendo un obstáculo difícil de superar. Sólo un mayor rigor en el respeto de las cuotas de estos trabajadores en las empresas (que hoy día se sustituyen, con cierta facilidad, por donativos de dinero a una Fundación o Asociación de utilidad pública⁵³), así como un tratamiento especialmente ventajoso en las cotizaciones a la Seguridad Social para este tipo de contratos, permitirá una mayor aproximación a la tan anhelada igualdad de oportunidades. Es cierto, y lo asumo, que el fondo del problema no es otro que el planteamiento económico de la sociedad en que vivimos, con una competitividad fuera de cauce, una búsqueda del beneficio y de la primera posición en el mercado que no atiende a otras razones, y un consumismo sin freno alguno. Esto

⁵⁰ Mi *La extinción del contrato...*, *op. cit.*, p. 168.

⁵¹ Art. 2 RD 1368/1985, de 17 de julio.

⁵² Art. 4.2.c) ET.

⁵³ Art. 17.3 ET y 42 LGDPD: “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad...”. Las medidas alternativas a la cuota del 2% se recogen en el RD 364/2005, de 8 de abril.

EL RÉGIMEN DE LA PROTECCION JURIDICA DEL TRABAJADOR ENFERMO EN ESPAÑA Y SU MEJORA
POR EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA

exige una respuesta en la que deben participar filósofos, sociólogos, antropólogos, psicólogos, economistas, empresarios, etc. La que se ofrece desde el Derecho del Trabajo ha de ser necesariamente parcial. Quede esto como cuestión pendiente para futuros estudios.

LE DROIT DE RECOURIR A LA FORCE (*JUS AD BELLUM*) EN AFRIQUE*

Mutoy Mubiala[†]

Table des matières

ABOUT MUTOY MUBIALA	99
À PROPOS DE MUTOY MUBIALA	100
INTRODUCTION	101
1. LE RECOURS À LA FORCE DANS LE CADRE DE LA DECOLONISATION AFRICAINE	102
2. LE DROIT D'INTERVENTION DE L'UNION AFRICAINE DANS CERTAINES CIRCONSTANCES GRAVES.....	103
2.1. LE DROIT D'INTERVENTION DE L'UNION AFRICAINE.....	104
2.1.1. <i>La responsabilité de protéger</i>	104
2.1.2. <i>Le droit d'intervention de l'UA</i>	105
2.2. LES FORCES D'IMPOSITION DE LA PAIX DE L'UNION AFRICAINE	107
CONCLUSION	109

* Texte d'une conférence donnée à l'École de droit de la Sorbonne (Paris), le 12 octobre 2018. Les vues exprimées lors de cette conférence et reprises dans cet article sont personnelles et n'engagent pas l'Organisation des Nations Unies.

[†] Mutoy Mubiala est fonctionnaire au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (Genève) et Professeur invité à l'École de droit de la Sorbonne (Paris)

Abstract

The use of force is prohibited under international law. This prohibition was first enshrined in the Briand-Kellog Pact in 1928 and in Article 2, paragraph 4 of the United Nations Charter. There are, however, exceptions to this rule, in particular self-defence and the collective security mechanism, both of which are found in that same Charter. These rules are also applicable to the African context. In this article, we will examine African practice in this field in order to assess whether there is a regionalism. In this respect, two periods should be distinguished. First, under the Organization of African Unity (OAU), there is the legitimate use of armed struggle in the context of decolonization and, second, more recently, the right of the African Union (AU) to intervene in situations involving the perpetration of genocide and war crimes, crimes against humanity (Article 4 (h)), as well as threats to State order (Article 4 (j)) of the AU Constitutive Act and its practice of establishing and deploying peace forces with a mandate to use force to ensure the protection of civilians. The implementation of jus ad bellum in the African context will be examined in the light of the practice of these two African regional organizations and its implications for international law will be assessed.

Résumé

Le recours à la force est interdit en droit international. Cette interdiction a été consacrée, d'abord par le Pacte Briand-Kellog en 1928 et à l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies. Il existe cependant des exceptions à cette règle, en particulier la légitime défense et le mécanisme de sécurité collective, tous deux prévus par cette même Charte. Ces règles sont également applicables dans le contexte africain. Dans cet article, on examinera la pratique africaine dans ce domaine, afin d'évaluer s'il y existe un régionalisme. À cet égard, il convient de distinguer deux périodes. Il y a, d'abord, sous l'Organisation de l'Unité africaine (OUA), le recours légitime à la lutte armée dans le cadre de la décolonisation et, ensuite, plus récemment, le droit de l'Union africaine (UA) d'intervenir dans des situations de perpétration du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité (article 4 (h)), ainsi que de menace à l'ordre étatique (article 4 (j)) de l'Acte constitutif de l'UA et sa pratique d'établissement et de déploiement de forces de paix avec un mandat de recourir à la force pour assurer la protection des civils. On examinera la mise en œuvre du jus ad bellum dans le contexte africain, à la lumière de la pratique de ces deux organisations régionales africaines et on évaluera ses implications en droit international.

ABOUT MUTOY MUBIALA

Mr. Mubiala is a human rights specialist in the Africa II Section of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. He joined the United Nations after having been an assistant in international law and international organizations at the University of Kinshasa (1986-1988) and then at the Graduate Institute of International Studies (1992-1994). First a research assistant at the United Nations Institute for Training and Research, he then became a civil servant at the Office of the High Commissioner for Human Rights in 1994. Among its members, it was particularly involved in the establishment of the United Nations Centre for Human Rights and Democracy in Central Africa in Yaoundé.

In addition to his career with the United Nations, Mr. Mubiala has continued to teach international law, international civil service law, as well as human rights in prestigious programs and schools, such as the International Institute for Human Rights (Strasbourg) or the École nationale d'administration (Paris). Mr. Mubiala is also the author of five books and about sixty articles. In 2005, he published *Le système régional africain de protection des droits de l'homme* (The African Regional System for the Protection of Human Rights), published by Bruylant, and in 2006 he published a book entitled *La mise en œuvre du droit des réfugiés et des personnes déplacées en Afrique* (The Implementation of Refugee and Displaced Persons' Rights in Africa).

As part of the Master II in Comparative Law, specialising in African Law, students, doctoral candidates and researchers from the University of Paris 1 had the opportunity to attend its conferences. In 2017, we attended a conference on African integration law. Today, we are pleased to publish in this journal the proceedings of its conference of 12 October 2018 on the right to use force (jus ad bellum) in Africa. This contribution is the first on the application of international law in Africa, and we hope it will be the first in a long series. We thank you again, Mr. Mubiala, for offering us this exceptional opportunity and we are sure that it will delight readers just as much.

Camille Gendrot
Editor of the Sorbonne Student Law Review
PhD applicant at the Sorbonne Law School

À PROPOS DE MUTOY MUBIALA

M. Mubiala est spécialiste des droits de l'homme au sein de la Section Afrique II du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme. Il a rejoint les Nations-Unies après avoir été assistant de droit international et des organisations internationales à l'université de Kinshasa (1986-1988) puis de l'Institut universitaire des hautes études internationales (1992-1994). D'abord assistant de recherche à l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche, il est ensuite devenu fonctionnaire au Haut-Commissariat pour les droits de l'homme en 1994. En son sein, il a, particulièrement, participé à l'établissement, à Yaoundé, du Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme et la démocratie en Afrique centrale.

En plus de sa carrière au sein des Nations Unis, M. Mubiala a continué à enseigner le droit international, le droit de la fonction publique internationale, ainsi que les droits de l'homme dans de prestigieux programmes et écoles, tels l'Institut international des droits de l'homme (Strasbourg) ou l'École nationale d'administration (Paris). M. Mubiala est aussi l'auteur de cinq ouvrages et d'une soixantaine d'articles. Il a ainsi publié en 2005 *Le système régional africain de protection des droits de l'homme* aux éditions Bruylant et en 2006 un ouvrage consacré à *La mise en œuvre du droit des réfugiés et des personnes déplacées en Afrique*, toujours aux mêmes éditions.

Dans le cadre du master II droit comparé, spécialité droits africains, les étudiants, doctorants et chercheurs de l'Université Paris 1 ont eu la chance d'assister à ses conférences. En 2017, nous avons assisté à une conférence sur le droit de l'intégration africaine. Aujourd'hui, nous avons le plaisir de publier au sein de cette revue les actes de sa conférence du 12 octobre 2018 sur le le droit de recourir à la force (*jus ad bellum*) en Afrique. Cette contribution est la première portant sur l'application du droit international en Afrique, et nous l'espérons, l'inauguration d'une longue série. Nous remercions encore, M. Mubiala, de nous avoir offert cette exceptionnelle opportunité et nous sommes certains qu'elle ravira tout autant les lecteurs.

Camille Gendrot
Éditrice de la Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne

INTRODUCTION

Le recours à la force est interdit en droit international. Cette interdiction a été consacrée, d'abord par le Pacte Briand-Kellog en 1928 et à l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies. Elle a été réaffirmée par la Déclaration de Manille de 1970 sur les relations amicales entre les États. Il existe, toutefois, des exceptions à cette règle. La plus importante est celle de la légitime défense telle que consacrée par l'article 51 de la Charte des Nations Unies. L'exercice de celle-ci a fait l'objet d'une jurisprudence faisant autorité de la Cour internationale de Justice, en particulier dans son arrêt rendu en *l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*¹. En effet, la légitime défense individuelle ou collective est soumise à des conditions d'application strictes, à savoir qu'il faut qu'il s'agisse d'une réponse à un danger immédiat et que l'usage de la force doit être proportionnel à l'acte d'agression auquel on répond. Il y a, aussi, les sanctions militaires décidées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte, dont la mise en œuvre est aussi soumise à un contrôle du Conseil². Aux opérations de mise en œuvre de sanctions militaires, il convient d'ajouter les opérations de paix. Celles déployées sur la base du chapitre VI, pour la mise en œuvre d'accords de paix, ont un droit limité de l'usage de la force dans des situations de légitime défense. Les autres opérations (la plupart de celles autorisées par le Conseil de sécurité sur la base du chapitre VII depuis 1999) ont le droit de recourir à la force pour protéger les civils.

Enfin, récemment, une autre exception à la règle de l'interdiction du recours à la force a été formulée à travers la responsabilité de protéger les populations en danger de subir des atrocités de masse (génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité et nettoyage ethnique). La responsabilité de protéger peut être mise en œuvre par une intervention militaire, dans le respect d'un certain nombre des conditions. Tout cela constitue la transcription, en droit international contemporain, de la doctrine de la guerre juste légitimant un droit de recourir à la force (*jus ad bellum*) en droit international contemporain³.

La règle de l'interdiction du recours à la force et les exceptions susmentionnées sont également applicables dans le contexte africain. Dans cet article, on examinera la pratique africaine dans ce domaine, afin d'évaluer s'il y existe un régionalisme. À cet égard, il convient

¹ C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

² M. Hakimi, « The Jus Ad Bellum's Regulatory Form », *The American Journal of International Law*, 2018, vol. 112, p. 151-190.

³ G. Abi-Saab, « Grotius as a System-Builder. The Example of the 'Jus ad Bellum' », in A. Dufour, P. Haggemacher et J. Toman (dir.), *Grotius et l'ordre juridique international. Travaux du Colloque Hugo Grotius (Genève, 10-11 novembre 1983)*, Lausanne, Payot, 1985, p. 79-88.

de distinguer deux périodes. Il y a, d'abord, sous l'Organisation de l'Unité africaine (OUA), le recours légitime à la lutte armée dans le cadre de la décolonisation et, ensuite, plus récemment, le droit de l'Union africaine (UA) d'intervenir dans des situations de perpétration du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité (article 4 (h)), ainsi que de menace à l'ordre étatique (article 4 (j)) de l'Acte constitutif de l'UA et sa pratique d'établissement et de déploiement de forces de paix avec un mandat de recourir à la force pour assurer la protection des civils. On examinera la mise en œuvre du *jus ad bellum* dans le contexte africain, à la lumière de la pratique de ces deux organisations régionales africaines et on évaluera ses implications en droit international.

1. LE RECOURS À LA FORCE DANS LE CADRE DE LA DECOLONISATION AFRICAINE

Aux termes de la Charte constitutive de l'OUA, les États membres se sont engagés à éliminer le colonialisme sous toutes ses formes (article I, paragraphe 4), y compris la colonisation de type classique, l'apartheid et des situations de domination raciale en Rhodésie du Sud (actuel Zimbabwe) et dans le Sud-Ouest africain (actuelle Namibie). Dès lors que la colonisation avait été déclarée hors-la-loi, notamment par la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1960 sur l'octroi de l'indépendance aux territoires colonisés, la présence continue d'une puissance coloniale sur ces territoires constituait pour l'OUA un acte d'agression. Face à une telle situation, le recours à la force était légitime et constituait un acte de légitime défense. D'où l'appui de l'OUA à la lutte armée engagée par les mouvements de libération nationale des territoires encore sous colonisation, contre l'apartheid et contre le mercenariat considéré comme un obstacle à la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Au moment de la guerre de libération en Algérie, qui se solda par les Accords d'Evian entre ce pays et la France, en 1962, l'OUA n'était pas encore créée. Toutefois, plusieurs gouvernements des pays africains déjà indépendants apportèrent leur soutien politique et matériel au Front de libération national algérien. Le soutien aux mouvements de libération nationale s'institutionnalisa après la création de l'OUA, qui considéra la décolonisation des territoires encore sous colonisation et domination extérieure comme sa priorité et comme la condition sine qua non de l'unification africaine. Afin de venir en aide à ces territoires, dont les colonies portugaises (Angola, Cap-Vert, Guinée-Bissau et Mozambique) et les pays d'Afrique australe (Rhodésie du Sud, Sud-Ouest africain et Afrique du Sud), l'OUA a créé le Comité de

Libération, composé de 24 États membres et basé à Dar-Es-Salaam (Tanzanie), chargé de coordonner l'appui des États africains aux guerres de libération nationale.

Pour l'OUA, le recours aux moyens militaires pour libérer le continent africain de la colonisation constituait une dérogation à la règle de l'interdiction du recours à la force en droit international. L'action militaire engagée par les mouvements de libération nationale, seuls représentants légitimes des populations des territoires sous domination coloniale et étrangère. Cette légitimation du recours à la force a contribué à la délégalisation des pratiques contre lesquelles cette force était utilisée. Cela eut des implications juridiques en droit international. Ainsi, en droit international humanitaire applicable aux conflits armés, le guérillero luttant pour l'indépendance de son pays a obtenu le statut de combattant, aux termes de l'article 1, paragraphe 4, dans le Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole applicable aux conflits armés internationaux). Ce statut lui était dénié dans le cadre des guerres coloniales, qui n'étaient pas auparavant considérées comme des conflits armés internationaux. En revanche, les pratiques mercenaires ont été considérées comme un obstacle à la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en droit international des droits de l'homme et le statut du mercenaire a été dévalorisé en droit humanitaire. En effet, aux termes du Protocole I de 1977 précité, le mercenaire n'a pas le statut de combattant et, en cas de capture, il n'est pas considéré comme prisonnier de guerre (article 47). Quant à l'apartheid, il a été érigé en crime contre l'humanité par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (article 7, paragraphe j).

2. LE DROIT D'INTERVENTION DE L'UNION AFRICAINE DANS CERTAINES CIRCONSTANCES GRAVES

Contrairement à l'OUA, dont le principe fondamental était la non-ingérence dans les affaires intérieures des États membres, l'UA, tout en réaffirmant ce principe, l'a atténué en lui apportant une dérogation. Celle-ci est posée à l'article 4 (h) et (j) de l'Acte constitutif de l'UA, qui dispose que celle-ci a le droit d'intervenir dans des situations de perpétration des crimes internationaux (génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité) et de menace d'effondrement de l'ordre public. Par ailleurs, suite à la création de son Conseil de paix et sécurité (CPS), l'UA a déployé plusieurs missions de paix multidimensionnelles sur le modèle de celles de l'ONU. Toutes les missions autorisées et/ou déployées par l'UA sont des opérations ou forces d'imposition de la paix (*peace enforcement operations*), qui ont reçu le mandat de protéger les civils et ont donc le droit d'utiliser la force.

2.1. Le droit d'intervention de l'Union africaine

Le droit d'intervention de l'UA a été consacré en 2000, avant l'adoption par l'ONU de la responsabilité de protéger, en 2005. Il constitue, toutefois, un instrument régional approprié pour la mise en œuvre de cette dernière dans le contexte africain. D'où l'importance d'examiner, d'abord, le concept de responsabilité de protéger.

2.1.1. La responsabilité de protéger

Suite à la multiplication des atrocités de masse (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et nettoyages ethniques) dans le monde et face à l'usage abusif et unilatéral de plusieurs puissances sous le couvert de la doctrine de l'ingérence ou intervention humanitaire⁴, le gouvernement canadien a contribué à la création, en 2000, d'une commission internationale d'experts pour réfléchir sur la question. La Commission internationale sur l'intervention et la souveraineté, pilotée par l'Ambassadeur Gareth Evans (Australie) et feu l'Ambassadeur Mohammed Sahnoun (Algérie), a soumis son rapport final en septembre 2001⁵. D'après la Commission, la souveraineté de l'État implique la responsabilité primordiale de protéger les populations sous sa juridiction territoriale. Toutefois, là où celles-ci font face à une situation de grave souffrance due à un conflit interne, à une catastrophe, à la répression et à l'effondrement de l'État et que ce dernier ne peut, ni ne veut répondre à cette situation, le principe de non-intervention cède la place à la responsabilité de protéger. Celle-ci peut s'exercer, à titre exceptionnel, par le recours à la force militaire. Auquel cas, un certain nombre de principes doivent être respectés. Ceux-ci incluent le seuil de la cause juste (situation de menace à la vie à large échelle ou de « nettoyage ethnique ») ; les principes de précaution (bonne intention ; dernier recours ; proportionnalité des moyens utilisés) et perspectives ou chances raisonnables de faire cesser ou d'éviter les souffrances qui ont motivé l'intervention) ; l'autorité appropriée (autorisation par une autorité compétente, en l'occurrence le Conseil de sécurité de l'ONU agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies) ; le respect des principes opérationnels (objectifs et mandat clairs et ressources appropriées ; démarche militaire commune et homogène ; proportionnalité dans l'emploi de la force ; correspondance des règles d'engagement au concept opérationnel ; le respect du droit international ; l'acceptation que la protection par la force ne doit pas devenir l'objectif principal de

⁴ Voy. notamment, M. Mubiala, « L'ingérence humanitaire », *African Journal of International and Comparative Law*, 1993, vol. 5, p. 402-407.

⁵ *La responsabilité de protéger*. Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, décembre 2001.

l'intervention ; ainsi qu'une coordination aussi étroite que possible avec les organisations humanitaires)⁶.

Le concept ou principe de responsabilité de protéger a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies, lors du Sommet du suivi du Millénaire⁷. Il a été mis en œuvre par le Conseil de sécurité, en Afrique, pour la première fois en Libye, en 2011. L'intervention de l'OTAN en Libye, en 2011, a toutefois, démontré un usage abusif de la responsabilité de protéger, cette intervention étant allée plus loin (renversement du régime de Kadhafi) que l'objectif initial qui lui avait été assigné⁸. Cela a suscité une certaine méfiance, notamment en Afrique, à l'égard de ce concept. Cela dit, dans un rapport sur le rôle des arrangements régionaux dans la mise en œuvre de la responsabilité de protéger, le Secrétaire général des Nations Unies encourageait ceux-ci à coopérer avec ces dernières, y compris dans le contexte régional⁹. En ce qui concerne tout particulièrement l'Afrique, celle-ci dispose d'un instrument approprié pour la mise en œuvre de la responsabilité de protéger, à savoir le droit d'intervention consacré par l'article 4 (h) et (j) de l'Acte constitutif de l'UA.

2.1.2. Le droit d'intervention de l'UA

L'Acte constitutif de l'UA consacre, à son article 4,

« (h) le droit de l'Union d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité, ainsi qu'une menace grave de l'ordre légitime afin de restaurer la paix et la stabilité dans État membre de l'Union sur la recommandation du Conseil de paix et de sécurité ».

Cette disposition a été complétée par le Protocole de 2003 sur les amendements de l'Acte constitutif, qui ajoute un alinéa (j) consacrant « le droit des États membres de solliciter l'intervention de l'Union pour restaurer la paix et la sécurité ».

Quant au Protocole de Durban de 2002 relatif à la création du CPS, il contient des dispositions sur les modalités de mise en œuvre du droit d'intervention de l'UA. Celles-ci ont été bien résumées par une auteure,

« En dehors de l'Acte constitutif, le droit d'intervention de l'UA a essentiellement été consacré dans deux instruments normatifs importants que sont

⁶ Ibid., p. xii-xiii.

⁷ Nations Unies, *2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 24 octobre 2005, p. 30.

⁸ Voy. A. J., Kuperman, « Lessons learned from Libya: How Not to Intervene », *Policy Brief*, Belfer Center for Science and International Affairs, Harvard Kennedy School, septembre 2013, p.1.

⁹ Nations Unies, *Le rôle des accords régionaux et sous-régionaux dans la mise en œuvre de la responsabilité de protéger*, Rapport du Secrétaire général, A/65/877-S/2011, 28 juin 2011.

le Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité du 9 juillet 2002 et le Protocole sur les amendements de l'Acte constitutif du 11 juillet 2003. Concernant le premier texte, il consacre le droit d'intervention de l'UA et l'organise dans plusieurs de ses dispositions. C'est ainsi que dès le préambule, il confie la mise en œuvre du droit d'intervention au Conseil de paix et de sécurité de l'UA. L'article 4 (j) de ce Protocole réaffirme la consécration de ce droit parmi les principes de l'UA et l'article 6 (d) fait de l'intervention une des principales fonctions du Conseil de paix et de sécurité (CPS). Pour la réalisation de cette fonction, l'article 7 (e) donne au CPS le pouvoir de recommander [la mise en œuvre du] droit d'intervention à la Conférence de l'UA si les conditions de l'article 4 (h) de l'Acte constitutif sont remplies. Quant à l'article 7 (f), il permet au CPS d'approuver les modalités de mise en œuvre du droit d'intervention de l'UA »¹⁰.

Pour sa part, la Convention de Kampala de 2009 sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées, à son article 8, paragraphe 1, qui autorise l'UA à intervenir par la force, en cas d'obstruction abusive à l'action humanitaire par un État et/ou un groupe d'États. Ce droit d'intervention humanitaire est fondé sur l'article 4 (h) de l'Acte constitutif de l'UA¹¹.

Dans la pratique, il a été difficile pour l'UA de concrétiser son droit d'intervention, plus de 18 ans après sa consécration. Or les situations n'ont pas manqué pour sa mise en œuvre. Concernant, par exemple, la situation au Burundi, le CPS de l'UA s'est heurté au refus du gouvernement d'y déployer une force régionale. Dans son premier rapport, la Commission internationale d'enquête sur le Burundi a recommandé à l'UA de mettre en œuvre son droit d'intervention dans ce pays. Cette recommandation n'a pas été suivie d'effet. Il en est de même des situations de crises au Cameroun anglophone, au Soudan du Sud et en République centrafricaine (RCA).

En dépit de son manque d'effectivité, le droit d'intervention de l'UA constitue une avancée normative importante susceptible de permettre la concrétisation de la responsabilité de protéger dans le contexte africain. Il devrait même servir d'un moyen de dissuasion ou de prévention des interventions étrangères, y compris sur autorisation de l'ONU, qui peuvent être motivées par des considérations allant au-delà des considérations d'humanité. Il appartient à l'UA de trouver des voies et moyens d'opérationnaliser son droit d'intervention militaire dans certaines circonstances.

¹⁰ V.-E. Soma-Kabore, « Le droit d'intervention de l'Union africaine », *Revue CAMES/SJP*, 2017, n° 1, p. 141-142.

¹¹ M. Mubiala, « L'Union africaine », in S. Szurek, M. Eudes et P. Ryfmann (dir.), *Droit et pratique de l'action humanitaire*, Paris, LGDJ (à paraître).

2.2. Les forces d'imposition de la paix de l'Union africaine

À l'instar de l'ONU, l'UA a autorisé le déploiement (avec l'endossement du Conseil de sécurité de l'ONU) des missions de paix multidimensionnelles comportant la protection des civils dans leur mandat. Aux termes des résolutions et/ou décisions établissant ces opérations, celles-ci peuvent assurer cette protection par tous les moyens, y compris en recourant à la force. Trois exemples d'opérations créées pour lutter contre le terrorisme illustrent cette pratique : la Force régionale d'intervention (FRI) de l'UA contre la *Lord Resistance Army* (LRA), la Force multinationale mixte de lutte contre le groupe terroriste Boko Haram (FMM) et la Force conjointe du G-5 Sahel.

La force régionale d'intervention de l'UA a été établie en 2011 pour contribuer à l'élimination de la LRA, groupe rebelle ougandais qui sévit en Ouganda, en RCA, en République démocratique du Congo (RDC) et au Soudan du Sud. La création de cette force a été endossée par l'ONU. Sa mission principale a été de protéger les civils dans les zones investies par la LRA. Sur le terrain, la force régionale d'intervention s'est focalisée sur la chasse et la capture de Joseph Koni et ses lieutenants. Son bilan a été à cet égard, un seul de ceux-ci, Dominic Ogwen ayant été arrêté en 2013 et remis à la Cour pénale internationale (CPI), où il attend son jugement. La FRI a largement bénéficié du soutien des missions multidimensionnelles des Nations Unies déployées dans la zone de son déploiement, dont la MONUSCO, l'UNMISS et la MINUSCA¹². Le retrait de l'Ouganda, qui fournissait l'essentiel des troupes de cette Force, a sonné sa fin.

La FMM a été établie par les États membres de la Commission du Bassin du Lac Tchad (CBLT), regroupant le Cameroun, le Nigéria, le Niger et le Tchad, ainsi que le Bénin, en 2015, pour combattre le groupe terroriste Boko Haram sévissant dans le bassin du Lac Tchad. Elle a été autorisée par le CPS dans sa décision du 29 janvier 2015, avec pour missions, notamment, « *to create a safe and secure environment in the areas affected by the activities of Boko and other terrorist groups, in order to significantly reduce violence against civilians and other abuses, including sexual and gender-based violence, in full compliance with international law, including international humanitarian law and the UN HRDDP* »¹³ (le UN HRRDP est le sigle anglais de la politique de diligence voulue des Nations Unies en matière des droits de l'homme). Selon cette politique, l'ONU ne peut pas accorder un appui, logistique, technique ou autre, à

¹² Nations Unies, *Report of the Secretary-General on the Activities of the United Nations Regional Office for Central Africa and on Areas Affected by the Lord's Resistance Army*, S/2012/923, 13 décembre 2012, p. 7-13.

¹³ Union africaine, "Communiqué", PSC/AHG/COMM. 2 (CDLXXIV), 2015, p. 1.

des forces non onusiennes, y compris les forces régionales, si celles-ci commettent ou ont commis des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. L'ONU vérifie les performances des forces concernées à travers l'évaluation du comportement des contingents, y compris dans le cadre de leurs activités au plan national. Sur la base de ces évaluations, l'ONU peut refuser l'appui ou l'accorder, y compris en adoptant des mesures correctives (formation, réformes législatives et institutionnelles, etc.).

Les pays du Sahel (Burkina Faso, Mali, Mauritanie, Niger et Tchad), regroupés au sein du G-5 Sahel, ont mis en place la Force conjointe de cet arrangement régional, en vue de lutter contre les groupes djihadistes opérant dans la région. La création de cette Force a été autorisée par le CPS de l'UA lors de sa 679^e session, le 13 avril 2017. Le Conseil de sécurité de l'ONU a également soutenu cette initiative à travers l'adoption de plusieurs résolutions. Aux termes de la résolution 2391 (2017) du 8 décembre 2017, le Conseil de sécurité a autorisé la Mission des Nations Unies pour la stabilisation au Mali (MINUSMA) à apporter son appui à la Force conjointe du G-5 Sahel et a demandé que, dans ses opérations, cette dernière agisse conformément à la Politique de diligence voulue des Nations Unies en matière des droits de l'homme. Contrairement aux Forces examinées plus haut, cette exigence a été intégrée dans l'Accord technique relatif à l'appui de la MINUSMA à la Force conjointe du G-5 Sahel signé, le 23 février 2018, entre ce dernier, l'ONU et l'Union européenne (UE). Cet Accord inclut une disposition sur le respect du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire (*Human Rights and International Humanitarian Law Compliance Framework*) par les contingents des États impliqués dans la Force conjointe. L'évaluation et le suivi (*monitoring*) du respect de ce dispositif sont assurés par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, qui a déployé des fonctionnaires des droits de l'homme dans la zone de projection de cette Force. L'UE, qui a largement financé celle-ci a demandé au Haut-Commissariat aux droits de l'homme d'aider à l'application de cette même approche à la FMM, à laquelle elle apporte également un appui financier important.

Comme dans le cas des missions multidimensionnelles de l'ONU, le recours à la force pose des problèmes qui ont été débattus dans la doctrine. Comme deux auteurs l'ont souligné,

« Mandating UN peacekeepers to enforce the peace, even if only to protect civilians, engender form central difficulties. First, to protect civilians, peacekeepers must at times fight directly with rebels, complicating their claim to impartiality and opening them to counter-attack. Impartiality provided the bedrock of peacekeeping's legitimacy, and its loss imperils missions – the death rate for peacekeepers has increased over time; today it is roughly one peacekeeper every three days. Second, the mandate shift opens humanitarian workers to attack because

they often rely on the UN for transportation. Third, Chapter VII mandates grounds false expectations about UN peacekeepers' ability to stop spoilers and end war by military means. Fourth, of all nine UN multidimensional operations, successful exit in not in sight of the majority of missions »¹⁴.

Ces observations valent également pour les opérations d'imposition de la paix déployées par l'UA et les autres organisations régionales/sous-régionales africaines qui recourent à l'usage de la force pour la protection des civils. Afin de limiter les conséquences négatives de ce recours à la force, il est important de s'assurer que les opérations qui y recourent respectent le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire dans ce contexte.

CONCLUSION

Il ressort de l'examen de la pratique africaine le développement de modalités de *jus ad bellum* qui se rattachent globalement aux dérogations existantes à la règle de l'interdiction de recourir à la force dans le règlement des conflits internationaux. Ainsi, le recours légitime à la lutte armée dans le cadre de la décolonisation est à considérer sous l'angle de la légitime défense individuelle et collective contre la colonisation et les autres formes de domination extérieure, que l'OUA a tenues comme actes d'agression. De même, le droit d'intervention de l'UA dans certaines circonstances graves, malgré son inapplication, constitue une version africaine de la responsabilité de protéger, même s'il a été formulé avant celle-ci. On pourra même dire que le premier a certainement contribué à la formulation de la deuxième. Enfin, les opérations régionales de paix dotées d'un mandat de protection des civils en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies sont la réplique des forces multidimensionnelles de l'ONU. Les modalités africaines de l'exercice du *jus ad bellum* ont des implications en droit international, en particulier le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme. Leur mise en œuvre soulève, toutefois, les mêmes questions que celles posées sur le plan universel, tout particulièrement l'autorité et les moyens de régulation de l'usage légitime de la force dans les relations internationales.

¹⁴ L. M. Howard et A. K. Dayal, « The Use of Force in UN Peacekeeping », *International Organization*, 2017, vol. 72, p. 75.

VERS UNE DERIVE AUTORITAIRE DU CONSTITUTIONNALISME JAPONAIS ?*

Hajime Yamamoto[†]

traduit par Valentin Pinel le Dret et Simon Serverin[‡]

Table des matières

ABOUT HAJIME YAMAMOTO	114
À PROPOS DE HAJIME YAMAMOTO	115
INTRODUCTION	116
1. LE CONTEXTE HISTORIQUE DU CONSTITUTIONNALISME JAPONAIS	120
1.1. LE JAPON D'APRES-GUERRE ET L'INTRODUCTION DU CONSTITUTIONNALISME JAPONAIS DEMOCRATIQUE	120
1.2. LA NOUVELLE CONSTITUTION ET LA SOCIETE JAPONAISE D'APRES-GUERRE	121
1.3. LA STRUCTURE POLITIQUE SOUS LE SYSTEME DE 1955.....	123
1.4. LA REMILITARISATION DU JAPON APRES-GUERRE	124
1.5. L'EVOLUTION DE LA SITUATION CONSTITUTIONNELLE DEPUIS LES ANNEES 1990.....	126
2. UN AUTORITARISME DU CONSTITUTIONNALISME JAPONAIS SOUS LE GOUVERNEMENT ABE ?	129
2.1. L'IDEE POLITIQUE DE SHINZO ABE : « SORTIR DU REGIME D'APRES-GUERRE »	129
2.2. LE PROJET DE REVISION CONSTITUTIONNELLE (2012) DU PLD.....	130
2.3. LES EFFORTS DU GOUVERNEMENT ABE DEPUIS 2012 POUR LA MODIFICATION DE LA CONSTITUTION	132
2.4. LA MODIFICATION DE L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 9 PAR LE GOUVERNEMENT ABE...	134
2.5. LA POLITIQUE DU GOUVERNEMENT ABE A L'EGARD DES MEDIAS.....	136
2.6. L'UTILISATION DU POUVOIR DE NOMINATION PAR LE GOUVERNEMENT ABE.....	139
CONCLUSION	141

* Cet article est la version française de notre article en anglais « Authoritarian Constitutionalism in Japan ? », in G. Frankenberg et H. M. Alviar Garcia (dir.), *Authoritarian constitutionalism*, Edward Elgar, à paraître, 2019. Je tiens à remercier vivement M. Valentin Pinel le Dret et M. Simon Serverin pour la traduction française.

[†] Hajime Yamamoto est Professeur à l'Université de Keio (Tokyo).

[‡] Valentin Pinel le Dret est doctorant à l'École de droit de la Sorbonne ; Simon Serverin est lecteur à l'université de Keio (Tokyo).

Abstract

*Contemporary specialists in comparative constitutional law are paying increasing attention to the phenomena of "authoritarian constitutionalism", "abusive constitutionalism" or "stealth constitutionalism". The term "abusive constitutionalism", which at first sight appears to be a *contradictio in adjecto*, should be understood as describing the phenomenon whereby, in countries where a liberal democratic regime has been established and has functioned relatively well for some time, an authoritarian regime has been established, while maintaining a constitutionalist regime, or even when some symptoms of such a situation have emerged because of populist leadership. We consider that the phenomenon of authoritarian drift of constitutionalism occurs in a situation where control and criticism of political power by the media, legal control of government activities by the judiciary, as well as a change of government are less and less possible. This situation is the result of a policy based on a populist leadership, whether that leadership is supported by the right or the left, even though the constitutionalist regime is not disrupted by illegal or violent means such as a military coup d'État. This article aims to study the authoritarianism of contemporary Japanese politics under Shinzo Abe's government from 2012 to today, from the perspective of a constitutionalist. We believe that analysing the case of Japan is worthwhile, as it will allow us to judge whether Japan can be considered as a country that tends to become a "competitive authoritarian regime" of a liberal democracy. For this reason, the purpose of this study is to identify how such an authoritarian phenomenon of Japanese constitutionalism could have developed under the current Abe government, and to what extent.*

Résumé

*Les spécialistes contemporains du droit constitutionnel comparé accordent de plus en plus d'attention aux phénomènes dits de « constitutionnalisme autoritaire (authoritarian constitutionalism) », de « constitutionnalisme abusif (abusive constitutionalism) » ou de « constitutionnalisme furtif (stealth constitutionalism) ». Il faut entendre l'expression « constitutionnalisme abusif », qui à première vue apparaît comme une *contradictio in adjecto*, comme décrivant le phénomène par lequel, dans des pays où un régime démocratique libéral a été établi et a fonctionné relativement correctement pendant un certain temps, un régime autoritaire s'est installé, tout en maintenant un régime constitutionnaliste, voire lorsque certains symptômes d'une telle situation ont fait leur apparition en raison*

d'un leadership populiste. Nous considérons que le phénomène de dérive autoritaire du constitutionnalisme se produit dans une situation où le contrôle et la critique du pouvoir politique par les médias, le contrôle légal des activités gouvernementales par le pouvoir judiciaire, ainsi qu'un changement de gouvernement sont de moins en moins possibles. Cette situation résulte d'une politique fondée sur une direction populiste, que cette direction soit soutenue par la droite ou par la gauche, alors même que le régime constitutionnaliste n'est pas perturbé par des moyens illégaux ou violents tels qu'un coup d'État militaire. Cet article vise à étudier le phénomène d'autoritarisme de la politique japonaise contemporaine sous le gouvernement de Shinzo Abe de 2012 à aujourd'hui, et ce du point de vue d'un constitutionnaliste. Nous pensons qu'analyser le cas du Japon en vaut la peine, car cela nous permettra de juger si le Japon peut être considéré comme un pays ayant tendance à devenir un « régime autoritaire compétitif » d'une démocratie libérale. Pour cette raison, l'objet de cette étude est d'identifier comment un tel phénomène d'autoritarisme du constitutionnalisme japonais a pu se développer sous l'actuel gouvernement Abe, et dans quelle mesure.

ABOUT HAJIME YAMAMOTO

Professor of Constitutional Law at the prestigious Keiō University in Tokyo, where he has been teaching for more than 10 years, Hajime Yamamoto is certainly the most French-speaking of Japanese constitutionalists.

His stay at the University Paris 1 Panthéon-Sorbonne as an Associate Researcher from 1993 to 1995 and his many interventions in France, from the School of Law of Sciences Po to the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, as well as the University of Paris 2 Panthéon-Assas, bear witness to his strong links with France. His work in Japanese, English and French focuses on comparative constitutional law, including Franco-Japanese law, and global law. Among these, we can mention his contribution to the *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, under the direction of Jean-Claude Colliard and Yves Jegouzo (Economica, 2001). He has also directed with professors Pierre Brunet (University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne) and Ken Hasegawa (University of Kogakuin) a book resulting from a Franco-Japanese symposium on public law in 2012, *Rencontres franco-japonaises autour des transferts de concepts juridiques*, (Mare & Martin, 2014) and, with professor Cécile Guérin-Bargues (Université Paris-Nanterre), a book also resulting from a Franco-Japanese symposium on public law in *Aux sources nouvelles du droit: Regards comparés franco-japonais* (Mare & Martin, 2018).

The article we are pleased to present in this second issue of the Sorbonne Student Law Review is the French translation of his chapter *Authoritarian Constitutionalism in Japan?* which will appear in the book edited by Günter Frankenberg and Helena Maria Alviar Garcia, *Authoritarian constitutionalism* (Edward Elgar, 2019).

Through a study of the historical context of Japanese constitutionalism and its evolution under the Shinzo Abe government since 2012, the author wonders whether Japan is tending to become a "competitive authoritarian regime", similar to what some contemporary democracies are currently experiencing (we can think of the constitutional situation in Bresil, Hungary, Poland, Romania, Turkey... or even in Israel or Italy and tomorrow elsewhere?). Hajime Yamamoto also attaches great importance to the study of the Liberal Democratic Party's draft constitutional amendment, which is supported by the current Prime Minister and is the subject of much debate, particularly in view of the fact that it revives traditional Japanese thinking.

Professor Hajime Yamamoto's article, which is remarkably rich and relevant, offers readers a valuable insight into Japanese constitutional law of yesterday and today.

Pr. Pierre Brunet
Professor of Public Law at the Sorbonne Law School

Virginie Kuoch
Member of the Reading Committee of the Sorbonne Student Law Review
Doctoral Fellow at the Sorbonne Law School

À PROPOS DE HAJIME YAMAMOTO

Professeur de droit constitutionnel à la prestigieuse Université Keiō à Tokyo, où il enseigne depuis plus de 10 ans, Hajime Yamamoto est certainement le plus francophone des constitutionnalistes japonais.

Le séjour à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en tant que chercheur associé de 1993 à 1995 et ses nombreuses interventions en France, de l'École de droit de Sciences Po à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en passant par l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, témoignent de ses forts liens avec la France. Ses travaux en japonais, anglais et français portent essentiellement sur le droit constitutionnel comparé, notamment le droit franco-japonais, et le droit global. Parmi ceux-ci, on peut citer sa contribution aux *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, sous la direction de Jean-Claude Colliard et Yves Jegouzo (Economica, 2001). Il a également dirigé avec les Professeurs Pierre Brunet (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) et Ken Hasegawa (Université Kogakuin) un ouvrage issu d'un colloque franco-japonais de droit public en 2012, *Rencontres franco-japonaises autour des transferts de concepts juridiques*, (Mare & Martin, 2014) puis, avec la Professeure Cécile Guérin-Bargues (Université Paris-Nanterre), un ouvrage également issu d'un colloque franco-japonais de droit public en *Aux sources nouvelles du droit : Regards comparés franco-japonais* (Mare & Masrtin, 2018).

L'article que nous avons le plaisir de présenter dans ce deuxième numéro de la *Sorbonne Student Law Review* est la traduction française de son chapitre *Authoritarian Constitutionalism in Japan ?* qui paraîtra dans l'ouvrage dirigé par Günter Frankenberg et Helena Maria Alviar Garcia, *Authoritarian constitutionalism* (Edward Elgar, 2019).

Au travers d'une étude du contexte historique du constitutionnalisme japonais et de son évolution sous le gouvernement de Shinzo Abe depuis 2012, l'auteur se demande si le Japon tend à devenir un « régime autoritaire compétitif », à l'image de ce que connaît actuellement certaines démocraties contemporaines (on peut penser à la situation constitutionnelle au Brésil, en Hongrie, en Pologne, en Roumanie, en Turquie... voire en Israël ou en Italie et demain ailleurs encore ?). Hajime Yamamoto accorde également une place importante à l'étude du projet de révision constitutionnelle du Parti Libéral démocrate et que soutient l'actuel Premier ministre – projet qui fait l'objet de nombreux débats compte tenu, notamment, de ce qu'il renoue avec la pensée traditionnelle japonaise.

D'une grande richesse et d'une pertinence remarquable, l'article du Professeur Hajime Yamamoto offre ainsi aux lecteurs un de précieux éléments de compréhension du droit constitutionnel japonais d'hier et d'aujourd'hui.

Pr. Pierre Brunet
Professeur de droit public à l'École de droit de la Sorbonne

Virginie Kuoch
Membre du Comité de lecture de la Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
Doctorante contractuelle à l'École de droit de la Sorbonne

INTRODUCTION

Les spécialistes contemporains du droit constitutionnel comparé accordent de plus en plus d'attention aux phénomènes dits de « constitutionnalisme autoritaire (*authoritarian constitutionalism*) »¹, de « constitutionnalisme abusif (*abusive constitutionalism*) »² ou de « constitutionnalisme furtif (*stealth constitutionalism*) »³. Ces phénomènes semblent provenir de la diffusion et du développement du constitutionnalisme dans le monde entier, c'est-à-dire des révolutions constitutionnelles en Europe centrale et orientale dans les années 1990 ainsi qu'au printemps arabe au début des années 2010.

Comme on le sait, l'article 16 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « [t]oute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Dès lors, il faut entendre l'expression « constitutionnalisme abusif », qui à première vue apparaît comme une *contradictio in adjecto*, comme décrivant le phénomène par lequel, dans des pays où un régime démocratique libéral a été établi et a fonctionné relativement correctement pendant un certain temps, un régime autoritaire s'est installé, tout en maintenant un régime constitutionnaliste, voire lorsque certains symptômes d'une telle situation ont fait leur apparition en raison d'un *leadership* populiste⁴. Un exemple typique en Europe est la situation constitutionnelle de la Hongrie⁵, une situation que l'on retrouve en Turquie⁶, au Venezuela⁷ ainsi que dans certains pays d'Asie centrale⁸ comme l'Azerbaïdjan. En Hongrie, l'actuel Premier ministre, Viktor Orbán, a ainsi déclaré qu'il entendait construire « un État illibéral, un État non libéral »

¹ M. Tushnet, « Authoritarian constitutionalism: Some conceptual issues » in T. Ginsburg, A. Simpser (dir.), *Constitutions in authoritarian regimes*, Cambridge University Press, 2014, p. 36.

² D. Landau, « Abusive constitutionalism », *University of California Davis Law Review*, 2013-2014, Vol. 47, p. 189.

³ O. Varol, « Stealth constitutionalism », *Iowa Law Review*, 2014-2015, Vol. 100, p. 1673.

⁴ Cependant, nous devons garder à l'esprit que certains pays, comme la France, ont réussi à dépasser nombre de régimes autoritaires afin de devenir des démocraties libérales stables. Voy. E. Méribeau, « French authoritarian constitutionalism and its legacy », in G. Frankenberg et Helena Maria Alviar Garcia (dir.), *Authoritarian constitutionalism*, Edward Elgar, à paraître, 2019.

⁵ K. Kovács et G. A. Tóth, « Hungary's constitutional transformation », *European Constitutional Law Review*, 2011, n°7, p. 183 ; G. A. Tóth (dir.), *Constitution for a disunited nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest: Central European University Press, 2011 ; L. Sólyom « Rise and decline of constitutional culture in Hungary » in A. Von Bogdandy et P. Sonnevend (dir.), *Constitutional crisis in the European constitutional area: theory, law and politics in Hungary and Romania*, Oxford: Hart Publishing, 2015, p.7. Voy. M. Pichlis, « The Constitution of False Prophecies: The Illiberal Transformation of the Hungarian Constitution and Attacks against Civil Society » in G. Frankenberg et H.M. Alvia Garcia, *op. cit.*

⁶ T. Isiksel, « Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2013, Vol. 11, n°3, p. 702.

⁷ Voy. J. González, « Authoritarianism and the Narrative Power of Constitutionalism in Venezuela » in G. Frankenberg et H.M. Alvia, *op. cit.*

⁸ Voy. S. Newton, « Plus ça change...the riddle of all Central Asian constitutions » in G. Frankenberg et H.M. Alvia, *op. cit.*

respectueux de la communauté plutôt que de l'individu⁹, et ce par le prisme de la révision constitutionnelle. De tels phénomènes nous invitent à réinvestir des questions théoriques comme le « pouvoir constituant »¹⁰ et la « révision constitutionnelle inconstitutionnelle »¹¹, ainsi que des questions pragmatiques comme celle des contre-mesures efficaces qui permettraient de défendre un régime démocratique libéral. Dans ce contexte, « le constitutionnalisme furtif » d'Ozan Varol est particulièrement pertinent. Dans l'ère de l'après-guerre froide, il remarque que « la nouvelle génération d'autoritaire a appris à perpétuer son pouvoir par les mêmes mécanismes juridiques que ceux qui existent dans les régimes démocratiques ». Il accorde ainsi plus d'importance à la « *pratique du régime* plutôt qu'aux *types de régimes* »¹².

En 1957, Karl Loewenstein, un politologue allemand exilé aux États-Unis pendant la Seconde Guerre mondiale, a développé l'idée d'une « classification ontologique des constitutions »¹³. De ce point de vue « ontologique », il a classé trois types de constitutions, à savoir « la constitution normative (*the normative constitution*) », « la constitution nominale (*the nominal constitution*) » et « la constitution sémantique (*the semantic constitution*) ». La troisième est celle où « la constitution est pleinement appliquée et activée, mais sa réalité ontologique n'est rien d'autre que la formalisation de l'emplacement actuel du pouvoir politique au profit exclusif des détenteurs réels du pouvoir qui contrôlent les mécanismes d'imposition de la volonté de l'État ». Cependant, le phénomène récent que nous étudions ici diffère de « la constitution sémantique » de Loewenstein parce que le premier concept se concentre sur le processus de transition d'une démocratie constitutionnelle à une démocratie autoritaire.

Lorsque David Landau analyse ces phénomènes récents comme des formes de « constitutionnalismes abusifs », il précise qu'il s'agit de « l'utilisation de mécanismes de

⁹ Discours de Viktor Orbán, <http://www.kormany.hu/en/the-Prime-Minister/the-Prime-Minister-s-speeches/Prime-Minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-University-and-student-camp>, consulté le 4 juin 2018.

¹⁰ Par exemple, A. Arato, *Post sovereign constitutional making: Learning and legitimacy*, Oxford constitutional theory, 2016 ; A. Arato, *The adventures of the constituent power: Beyond revolution*, Cambridge University Press, 2017.

¹¹ Par exemple, Y. Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*, Oxford University Press, 2017. Il est bien connu que la théorie des « révisions inconstitutionnelles » a été développée pour la première fois en Inde, voy. *Golak Nath v. State of Punjab* (AIR 1967 SC 1643), *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (AIR 1973 SC 1461).

¹² O. Varol, *op. cit.*, 2014-2015, p. 1673.

¹³ K. Loewenstein, *Political power and the government process*, Chicago: The University of Chicago Press, 1957, p. 147.

changement constitutionnel pour éroder l'ordre démocratique »¹⁴, y compris la révision constitutionnelle et le remplacement de constitution. Une telle démocratie autoritaire prend très souvent la forme d'un absolutisme électoral. C'est ce que Guillermo O'Donnell décrit dans sa distinction entre « démocratie déléguée (*delegative democracy*) » et « démocratie représentative (*representative democracy*) ». La première s'entend comme suit : « [q] uiconque est élu à la présidence a le droit de gouverner comme il l'entend, et avoir pour unique limite la dure réalité des relations de pouvoir existantes et les limites constitutionnelles de son mandat »¹⁵.

Il convient de noter que, dans certains pays, l'autoritarisme du régime peut être accordé sans modification constitutionnelle ni changement de constitution. L'observation critique de ces régimes qu'a opérée Ozan O. Varol¹⁶ porte sur la pratique et non sur un changement de régime constitutionnel. Par exemple, il souligne que :

« au lieu d'emprisonner des journalistes ou de fermer des médias, les politiciens en place les poursuivent en justice pour diffamation [...] ils les poursuivent pour violation de lois pénales existantes. Le recours à des lois électorales apparemment légitimes et neutres, souvent promulguées dans le but prétendu d'éliminer la fraude électorale ou de promouvoir la stabilité politique, a pour effet de créer des avantages systématiques pour eux-mêmes et d'augmenter les coûts de leur renversement pour l'opposition. Souvent avec l'appui d'organisations internationales, ils adoptent des lois et des institutions de surveillance dans le but prétendu de lutter contre le crime organisé et le terrorisme, mais utilisent en fait ces lois pour faire chanter ou discréditer leurs opposants politiques. Ils s'appuient sur le contrôle judiciaire, non pas pour contrôler leur pouvoir, mais pour le consolider ».

Dans le même ordre d'idées, Gábor Attila Tóth remarque que « [b] ien que les régimes autoritaires contemporains n'aient pas complètement abandonné les mécanismes inventés par leurs prédécesseurs, l'autoritarisme a connu une réinvention ces dernières années ». En ce qui concerne le constitutionnalisme, il fait remarquer que « la nouveauté la plus saillante de l'autoritarisme est que, sous couvert de constitutionnalisme, il prétend se conformer aux principes démocratiques ». Plus intéressant encore, il ajoute que « [q] uoi plus est, comme le montre l'administration Trump qui se dessine aux États-Unis, même un système démocratique ayant une longue histoire de traditions démocratiques n'est pas entièrement à l'abri contre l'apparition d'idées et de pratiques politiques autoritaires »¹⁷.

¹⁴ D. Landau, *op. cit.*, 2013-2014, p. 189.

¹⁵ G. O'Donnell, « Delegative democracy », *Journal of Democracy*, 1994, Vol. 5, n°1, p. 55 spec. 59.

¹⁶ O. Varol, *op. cit.*, 2014-2015, p. 1679.

¹⁷ G. Attila Tóth, « The Authoritarian's New Clothes: Tendencies Away from Constitutional Democracy » in <https://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/The%20Authoritarians%20New%20Clothes.pdf>, 2 juin 2018.

Comme nous l'avons observé, nous considérons que le phénomène de dérive autoritaire du constitutionnalisme se produit dans une situation où le contrôle et la critique du pouvoir politique par les médias, le contrôle légal des activités gouvernementales par le pouvoir judiciaire, ainsi qu'un changement de gouvernement sont de moins en moins possibles. Cette situation résulte d'une politique fondée sur une direction populiste, que cette direction soit soutenue par la droite ou par la gauche, alors même que le régime constitutionnaliste n'est pas perturbé par des moyens illégaux ou violents tels qu'un coup d'État militaire.

Compte tenu des situations décrites ci-dessus, cet article vise à étudier le phénomène d'autoritarisme de la politique japonaise contemporaine sous le gouvernement de Shinzo Abe de 2012 à aujourd'hui, et ce du point de vue d'un constitutionnaliste. Nous pensons qu'analyser le cas du Japon en vaut la peine, car cela nous permettra de juger si le Japon peut être considéré comme un pays ayant tendance à devenir un « régime autoritaire compétitif »¹⁸ d'une démocratie libérale. Pour cette raison, l'objet de cette étude est d'identifier comment un tel phénomène d'autoritarisme du constitutionnalisme japonais a pu se développer sous l'actuel gouvernement Abe, et dans quelle mesure. La pratique gouvernementale d'Abe conduit-elle à des exercices arbitraires et oppressifs du pouvoir politique ? Disposant d'une large majorité de sièges dans les deux chambres de la Diète, à la Chambre des Représentants et à la Chambre des Conseillers dans le cadre d'un régime parlementaire de type Westminster, sa coalition (composée de son Parti libéral démocrate, ci-après dénommé « PLD », et du *Kōmeitō*, parti bouddhiste centriste de droite) a réussi à modifier les fonctions des systèmes gouvernementaux actuels en les rendant largement plus autoritaires que précédemment. Il est intéressant de noter que les systèmes politique et juridique japonais fonctionnent dans les limites de leurs propres cadres constitutionnels, bien que l'opinion publique soit très critique à leur égard. Un bon exemple est la législation militaire très controversée concernant les activités des Forces d'Autodéfense qui a été adoptée en septembre 2015¹⁹.

En outre, il est important d'examiner le projet de révision constitutionnelle du PLD publié en 2012 et l'idée concrète et personnelle d'Abe d'une révision constitutionnelle du point de vue de l'autoritarisme du constitutionnalisme. Nous y constatons une réactivation des valeurs traditionnelles. À chaque véritable débat constitutionnel dans la politique japonaise contemporaine, la confrontation entre la pensée moderne occidentale et la pensée traditionnelle

¹⁸ D. Landau, *op. cit.*, 2013-2014, p. 192.

¹⁹ Voy. notre article, « L'interprétation de l'article pacifiste de la Constitution par le Bureau de Législation du Cabinet : Une nouvelle source du droit constitutionnel ? », in C. Guérin-Bargues et H. Yamamoto (dir.), *Aux sources nouvelles du droit : Regards comparés franco-japonais*, Mare & Martin, à paraître, 2018.

japonaise reste l'objet principal de la lutte politique et idéologique constitutionnelle. En fait, je trouve très douteuse l'affirmation selon laquelle la soi-disant « pensée traditionnelle japonaise » brandie par les conservateurs incarnerait véritablement la pensée traditionnelle. Il s'agit plutôt une idée autoritaire et réactionnaire moderne créée artificiellement. Mais ce qui reste vrai, c'est que la pensée moderne occidentale et son idéal d'universalisme constituent toujours une puissante force intellectuelle d'opposition dans la société japonaise contemporaine.

Avant de discuter de la situation actuelle sous le gouvernement Abe, nous allons étudier brièvement le contexte historique du constitutionnalisme japonais juste après la Seconde Guerre mondiale²⁰.

1. LE CONTEXTE HISTORIQUE DU CONSTITUTIONNALISME JAPONAIS²¹

1.1. Le Japon d'après-guerre et l'introduction du constitutionnalisme japonais démocratique

À la fin de la Seconde Guerre mondiale en 1945, le Japon a été complètement détruit par les forces militaires américaines. Les États-Unis, la Grande-Bretagne et la Chine ont publié la Déclaration de Potsdam²² exigeant la reddition inconditionnelle du Japon. La Déclaration était une sorte de plan compulsif de promotion de la démocratie pour le Japon. Tokyo accepta la Déclaration de Potsdam, étant entendu qu'elle ne préjugait pas de la position de l'Empereur en tant que « souverain régnant ». À l'époque, les dirigeants politiques japonais considéraient que la préservation du régime impérial et de l'identité nationale (*Kokutai*)²³ était la base indispensable de la légitimité gouvernementale et du soutien le plus important de l'ordre social et moral traditionnel dans la société japonaise²⁴.

Au début de la période d'occupation américaine, le gouvernement japonais avait pensé qu'une légère modification de la Charte impériale de l'Empire du Japon de 1889, qui établissait une monarchie constitutionnelle, répondrait aux exigences de la réforme japonaise de l'après-guerre fondée sur la Déclaration de Potsdam. Mais le Commandement suprême des forces

²⁰ Sur la modernisation du Japon d'un point de vue constitutionnel, H. Yamamoto, « Modernity for Japanese constitutional theory », *Hogaku Kenkyu*, 2014, Vol. 87, n°2, p. 630 : http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0615.

²¹ Voy. notre article « Une réception du constitutionnalisme : le cas du Japon », in J.-C. Colliard, Yves Jegouzo (dir.), *Le nouveau constitutionnalisme : Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001.

²² Déclaration de Potsdam, <http://www.ndl.go.jp/Constitution/e/etc/c06.html>.

²³ Voy. sur la notion de *Kokutai* notre article, « Une idée constitutionnaliste japonaise d'avant-guerre face au *Kokutai* : le cas de T. Minobe », in P. Brunet, K. Hasegawa & H. Yamamoto (dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, Mare & Martin, 2014.

²⁴ Voy. S. Koseki, *The birth of Japanese postwar constitution* (edited and translated by Ray A. Moore), Boulder, Colo. : Westview Press, 1997, p.102.

alliées (ci-après dénommé CSFA) composé de l'armée d'occupation américaine a ordonné au gouvernement de Tokyo de rédiger une nouvelle version de la constitution japonaise basée sur un projet des membres de la section gouvernementale du CSFA. Ainsi, le 3 novembre 1946 la Constitution du Japon qui est sa deuxième constitution moderne et écrite a été établie.

L'article 1 de la nouvelle constitution dispose que l'Empereur a le statut de « symbole » et non celui de « souverain » et de « chef de l'État ». Le titre du chapitre II de la nouvelle constitution est « Renonciation à la guerre ». La garantie des droits de l'homme est l'un des principaux objectifs de la Constitution²⁵. Cette garantie a entraîné la libéralisation de l'ancien ordre et de l'ancienne structure sociale. Il convient de noter que la constitution actuelle est philosophiquement fondée sur l'idée de la théorie occidentale moderne du droit naturel. La Constitution reconnaît l'existence même d'un « principe universel de l'humanité sur lequel repose la présente Constitution » (Préambule). Bien que la nouvelle Constitution maintienne le système monarchique traditionnel, celle-ci demeure fondamentalement libérale et démocratique. La rigidité constitutionnelle devait être un outil utile et puissant pour la libéralisation et la démocratisation de la société japonaise.

1.2. La nouvelle Constitution et la société japonaise d'après-guerre

Le Japon a recouvré son indépendance en 1952 avec la ratification du Traité de San Francisco. Le Japon a établi ses relations de coopération militaire avec les États-Unis en vertu du Traité de sécurité entre les États-Unis et le Japon. Ce traité nippo-américain a permis jusqu'à présent aux États-Unis de stationner des troupes sur le territoire japonais. Ce traité est entré en vigueur en même temps que le premier. Le Premier ministre Shigeru Yoshida (au pouvoir de 1946 à 1947 et de 1948 à 1954) a adopté une attitude assez négative à l'égard de la révision de la Constitution japonaise imposée immédiatement après le retour de la souveraineté de l'État, et cela malgré ses perspectives politiques très conservatrices²⁶. Il estimait qu'il était politiquement plus avantageux pour le Japon de s'abstenir d'exprimer ouvertement le nationalisme japonais en établissant une nouvelle constitution réactionnaire et en acceptant une position subordonnée afin de maintenir une relation amicale avec le gouvernement américain.

²⁵ Voy. sur ce sujet, notre article « Japon », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials, F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008.

²⁶ Voy. sur la situation concernant la révision constitutionnelle au Japon jusqu'aux années 1990, notre article, « Révision de la Constitution, pacifisme et droits fondamentaux au Japon », in *Revue française de Droit constitutionnel*, n° 24, 1995. Voy. sur l'analyse des théories de révision constitutionnelle au Japon, notre article « Théorie du pouvoir constituant et limitation du pouvoir de révision au Japon », Séminaire franco-japonais de droit public, *Le nouveau défi de la Constitution japonaise : Les théories et pratiques pour le nouveau siècle*, L.G.D.J., 2004.

Cependant, les gouvernements successifs après Yoshida ont commencé à revendiquer avec empressement la nécessité et l'importance d'établir une nouvelle constitution autoritaire qui renforcerait le statut de l'Empereur en tant que chef d'État, qui modifierait la clause pacifiste pour reconnaître le réarmement, qui renforcerait les pouvoirs de maintien de l'ordre et du contrôle du gouvernement central vis-à-vis des entités locales, qui faciliterait la procédure de révision constitutionnelle²⁷ et qui donnerait à l'État des pouvoirs importants afin de limiter les libertés et droits des citoyens en soulignant notamment leurs obligations²⁸. Ainsi « [a]bolir la Constitution imposée par les Américains durant l'occupation militaire et établir une nouvelle Constitution autonome » a été un slogan politique majeur du camp conservateur.

Celui-ci a été unifié en 1955 sous le nom de PLD. Bien que le PLD soit resté au pouvoir presque continuellement de 1955 à aujourd'hui, la Constitution japonaise n'a pas encore été modifiée. Ceci est dû aux efforts des progressistes pour empêcher la révision constitutionnelle et bloquer la réalisation des souhaits des éléments ultra-conservateurs au sein du PLD. Les partis de gauche japonais, y compris le Parti socialiste japonais (ci-après dénommé PSJ) et le Parti communiste japonais (ci-après dénommé PCJ), considéraient la constitution libérale et démocratique comme un symbole et un instrument indispensable de la démocratisation radicale de la société japonaise d'après-guerre. La clause pacifiste était également l'article central de cette Constitution. Après l'échec de la tentative du gouvernement conservateur de parvenir à une réforme constitutionnelle autoritaire en 1956, les mouvements réformateurs se sont progressivement effondrés, et le texte de la Constitution n'a jamais été révisé. Il convient de noter qu'à l'exception de certains radicaux de droite, les deux côtés de l'échiquier politique ont partagé l'idée que la Constitution était essentielle à leurs intérêts politiques. Cette question sera examinée plus en détail ci-après.

En tout état de cause, le Japon a longtemps été un pays unique en son genre en Asie puisqu'il a réussi à se développer économiquement sans opprimer ni les libertés individuelles ni la démocratie, et est resté à l'abri de la fraude électorale. Les jeunes générations qui ont appris les valeurs de liberté et de démocratie inscrites dans la Constitution de 1946 dans l'enseignement primaire et secondaire de l'après-guerre sont parvenus rapidement à échapper

²⁷ Le paragraphe 1 de l'article 96 dispose que "[l]es révisions à la présente Constitution sont initiés par la Diète, par un vote concordant des deux tiers ou plus de tous les membres de chaque Chambre et sont ensuite soumis au peuple pour ratification, ce qui requiert le vote affirmatif de la majorité des voix exprimées, lors d'un référendum spécial ou de toute élection que la Diète peut spécifier". Le camp conservateur a proposé d'abolir la deuxième étape de la révision, c'est-à-dire le référendum national obligatoire pour toute révision.

²⁸ Voy. S. Matsui, *The Constitution of Japan: A contextual analysis*, Portland, OR: Hart Publishing, 2011, p. 262.

aux contraintes communautaires ou patriarcales de la société traditionnelle. Nombre d'entre eux avaient soutenu le nouveau régime constitutionnel avec plus ou moins d'enthousiasme.

1.3. La structure politique sous le système de 1955

En vertu de la Constitution actuelle, une nouvelle structure politique a été créée en 1955 et a duré jusqu'en 1993. Durant cette période, le Japon a assisté à un alignement politique continu entre le PLD au gouvernement et le deuxième plus grand parti, le PSJ, dans l'opposition. Il n'y a jamais eu d'alternances au pouvoir entre ces deux partis. Des explications plus détaillées sont nécessaires pour comprendre le fonctionnement du système de 1955.

En ce qui concerne le système constitutionnel, contrairement à la Charte impériale de Meiji, la Constitution actuelle a considérablement renforcé le statut du Cabinet ainsi que celui du Premier ministre. Désormais, « le pouvoir exécutif est dévolu au Cabinet » (article 65), « [l]e Cabinet se compose du Premier ministre, qui en est le chef, et des autres ministres d'État, conformément à la loi » (paragraphe 1 de l'article 66) et « [l]e Cabinet, dans l'exercice du pouvoir exécutif, est collectivement responsable devant la Diète » (paragraphe 3 de l'article 66). Par conséquent, d'une part, l'ensemble du pouvoir exécutif, à quelques exceptions près, est dévolu au Cabinet qui gère les affaires de l'État. D'autre part, en vertu du principe de solidarité ministérielle, le Cabinet est responsable devant la Diète. Le Premier ministre, en tant que véritable chef de cabinet et non plus en tant que simple *primus inter pares* comme le prévoit la Charte Meiji, choisit et révoque les autres ministres comme il le veut.

En revanche, en ce qui concerne la structure politique, il convient tout d'abord de noter que le PLD n'est qu'une coalition de factions et est loin d'avoir une organisation bien structurée. Ces caractéristiques ont conduit les Premiers ministres successifs à nommer leurs ministres afin de provoquer des divisions équilibrant ces différentes factions plutôt que de choisir librement les plus aptes politiquement. Pour cette raison, il n'est pas surprenant que, les Premiers ministres, qui sont souvent à la tête de l'une de ces factions, n'aient pas été en mesure d'avoir une réelle influence ou force de conviction sur des ministres issus d'autres factions concurrentes. En conséquence, le Cabinet est en général un organe collégial très hétérogène. De plus, les ministres sont très souvent choisis par rotation selon un système d'ancienneté au sein de chaque clan. Cette pratique a aggravé la situation, conduisant à ce qu'aucun ministre spécialiste de son propre portefeuille ne se trouve dans le Cabinet. Il manque des personnalités fortes avec une idée précise sur la façon dont les affaires de l'État doivent être menées. Deuxièmement, il est important de comprendre une tradition administrative profondément

enracinée depuis l'ère Meiji : celle qui veut qu'« il n'y a pas d'intérêt national, seulement des intérêts ministériels ». Cela témoigne d'un sectarisme robuste des différentes branches du gouvernement. Dans ce contexte, les ministres étaient très souvent amenés à n'agir que comme représentants de leur propre ministère au mépris des autres, ou sans perspective d'une cohérence plus large des affaires générales de l'État. Troisièmement, une disposition de la Loi sur le Cabinet oblige le Premier ministre à obtenir l'unanimité au sein du Cabinet afin de pouvoir contrôler et imposer sa volonté aux divers ministères de son gouvernement (article 6 de la Loi sur le Cabinet).

Il faut donc dire qu'il y a un écart considérable entre les larges pouvoirs du Premier ministre sur les ministres octroyés au niveau constitutionnel et son pouvoir politique réel. Il est clair que le Cabinet est devenu un organe purement formaliste. Il a été établi de telle façon que sans une décision unanime de son conseil collégial, aucune délibération ne pouvait être proposée au Cabinet. Ainsi, le Cabinet est devenu un simple « conseil d'enregistrement » n'ayant pas le pouvoir de prendre des initiatives de manière autonome. Surtout, ce que nous pouvons observer ici est un dualisme dans le processus de prise de décision politique entre le PLD au pouvoir et le gouvernement.

Il y a deux conséquences à ce qui précède : (1) le manque de stratégie globale, de *leadership* efficace et de dynamisme de l'exécutif, (2) l'ambiguïté de la responsabilité politique et administrative. Face à une telle situation, une réforme globale du système de gouvernance a été introduite au nom du « renforcement de la démocratie » dans les années 1990 et au début des années 2000. Elle a été motivée fondamentalement comme une réponse aux demandes changeantes d'un monde qui se globalise.

1.4. La remilitarisation du Japon après-guerre

Avec la remilitarisation du Japon, au tout début de la guerre froide, les Américains ont commencé à regretter l'introduction de l'article 9 dans la Constitution. La guerre froide a ébranlé les fondements de la nouvelle ère constitutionnelle du Japon. Avec le temps, la politique diplomatique des États-Unis a changé de cap²⁹. La guerre froide a amené le Japon et les États-Unis à remettre très sérieusement en question la disposition de la Constitution japonaise sur le désarmement. Le Japon a été encouragé à débiter la fondation des premiers éléments d'une armée. En 1951, une « Réserve de Police » de 75 000 hommes a été créée. En 1952, le Traité

²⁹ Voy. M. Jansen, *The making of modern Japan*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2000, p. 969 ; E. Reischauer, *Japan: The story of a nation*, Tokyo: Tuttle, 4^e éd., 2004, p. 199.

de sécurité entre le Japon et les États-Unis a été ratifié pour légitimer la présence continue de garnisons de l'armée américaine sur le territoire japonais après la fin de l'occupation. La force paramilitaire a changé deux fois de nom : d'abord, elle est devenue les « Forces de sécurité nationale » en 1952, puis les « Forces d'autodéfense » (ci-après dénommées FAD) en 1954.

En raison de l'article 9 de la Constitution, la constitutionnalité des FAD est une question juridique importante au Japon depuis la Seconde Guerre mondiale. Les gouvernements successifs ont soutenu que même en vertu de l'article 9 de la Constitution, il n'est pas interdit au Japon de posséder une « force défensive minimale nécessaire à sa légitime défense »³⁰. Selon cette interprétation constitutionnelle, si le Japon devait se constituer une force militaire qui irait au-delà de ce niveau minimum, la situation deviendrait toutefois inconstitutionnelle parce qu'elle constituerait un « potentiel de guerre », interdit par l'article 9 de la Constitution. Par conséquent, les gouvernements successifs ont estimé que la puissance militaire des FAD n'atteignait pas le niveau d'un tel « potentiel de guerre ». En fait, la Cour suprême japonaise n'a pas encore statué définitivement sur la constitutionnalité des FAD. L'opinion publique sur la présence des FAD est contradictoire. D'une part, une majorité considère que l'existence des FAD est nécessaire à la défense nationale et à l'aide aux victimes de catastrophes³¹. Mais cette même majorité s'est longtemps opposée à la suppression du paragraphe 2 de l'article 9 de la Constitution³². Quant à la doctrine constitutionnelle, la majorité des constitutionnalistes estiment que les FAD sont inconstitutionnelles, dans le respect de la lettre de la Constitution.

Malgré le développement progressif des FAD, l'article 9 a eu un impact considérable et concret sur la politique militaire japonaise depuis la Seconde Guerre mondiale. En effet, l'existence de l'article pacifiste et des mouvements de sauvegarde de la Constitution a empêché une remilitarisation totale et radicale du Japon d'après-guerre. Constatant l'impossible entreprise de remilitarisation effective du Japon vis-à-vis de la clause pacifiste de la Constitution, le gouvernement et le Bureau de Législation du Cabinet (ci-après dénommé

³⁰ Par exemple, réponse du directeur général du Bureau de Législation du Cabinet devant le comité budgétaire de la Chambre des conseillers, 3 avril 1978.

³¹ Une enquête d'opinion publique sur les FAD et les questions de défense nationale menée par le Cabinet en janvier 2015 a indiqué que 29,9% des personnes ayant répondu à l'enquête étaient favorables au renforcement des FA et 59,2% au maintien du niveau actuel du potentiel militaire du FSD, <https://survey.gov-online.go.jp/h26/h26-bouei/gairyaku.pdf>, (dernière visite 4 juin 2018).

³² Un sondage d'opinion réalisé par un journal Mainichi Shinbun montre que 52 % de la population est contre toute révision à l'article 9, <http://mainichi.jp/articles/20160503/k00/00e/010/121000c> (dernière visite le 29 mai 2018). Voir également, « Majority of Japanese oppose any constitutional revisions under Abe, but see need for future changes », The Japan Times, 26 avril 2018 https://www.japantimes.co.jp/news/2018/04/26/national/majority-favor-constitutional-revision-just-not-abe-poll/#.XKic7C_pM6g (dernière visite le 6 avril 2019), il rapporte que les répondants étaient divisés quant à savoir si l'article 9, qui interdit également la possession des forces militaires et autres « possibilités de guerre » doit changer, 44% étant favorables à sa révision et 46 contre.

BLC)³³ ont présenté de nombreuses interprétations constitutionnelles audacieuses, voire acrobatiques, comme nous le verrons ci-après.

Ils ont interprété l'organisation des activités militaires et assimilées comme restant dans les limites de la Constitution. Par exemple, en décembre 1954, le directeur de l'Agence de défense a déclaré que l'article 9 n'empêchait pas le Japon de se défendre, bien que le Japon ait renoncé à la guerre par cet article de la Constitution³⁴. Le gouvernement a introduit trois conditions à l'exercice du droit de légitime défense en vertu de la Constitution : (a) s'il y a une attaque à la fois urgente et illégale au Japon, et (b) s'il n'existe aucun autre moyen de défense approprié (c) la force militaire que le Japon exercerait devrait être limitée au minimum nécessaire. Le gouvernement a confirmé à plusieurs reprises sa reconnaissance de ces conditions dans le cadre de la Diète³⁵.

1.5. L'évolution de la situation constitutionnelle depuis les années 1990

Dans les années 1990, une série de réformes du système gouvernemental ont été accomplies au nom du « renforcement de la démocratie ». Le mode électoral, depuis l'avant-guerre et jusqu'à cette époque, utilisait un système de circonscriptions dites « de taille moyenne », où 3 à 5 candidats d'une circonscription pouvaient être élus. Un tel système de vote a empêché la formation de deux blocs politiques opposés à même de prendre le pouvoir alternativement. En 1994, un système de circonscription à siège unique a été adopté. Le but de cette réforme était de faciliter un changement de gouvernement afin de rendre la démocratie japonaise digne de ce nom.

Le renforcement du pouvoir exécutif a également été effectué au nom du « renforcement de la démocratie ». En 2001, le rôle du Cabinet a été renforcé (avec, par exemple, l'introduction

³³ Le BLC remplit principalement deux fonctions très importantes pour la primauté du droit : il conseille les membres du Cabinet sur la rédaction des projets de loi à proposer à la Diète (travail d'avis) et il agit comme conseiller juridique du Cabinet en examinant les projets de loi, ordonnances et traités (travail d'examen). Il présente également des avis sur des questions juridiques au Premier ministre et à d'autres ministres du Cabinet. C'est un organe de l'État qui fait autorité dans la bureaucratie japonaise. L'un des objectifs de cette mission est d'unifier les interprétations des gouvernements successifs afin de ne pas provoquer d'instabilité ou de désordre juridique et de maintenir ainsi la cohérence des activités gouvernementales malgré les changements de gouvernement. Il convient de noter qu'en partie à la suite de l'examen rigoureux des projets de loi par le BLC, le nombre de lois déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême est extrêmement faible - actuellement, seulement dix. Voir le site officiel du BLC : <https://www.clb.go.jp/english> (dernière visite le 29 mai 2018).

³⁴ Réponse du directeur de l'agence de défense Seichi Ômura devant le comité budgétaire de la Chambre des représentants, 22 décembre 1954.

³⁵ Réponse du directeur général du BLC Masami Takatsuji devant le comité budgétaire de la Chambre des conseillers, 31 mars 1969 ; Réponse du directeur général du BLC Masami Takatsuji devant le comité du Cabinet de la Chambre des conseillers, 12 mai 1972 ; Réponse de Kakuei Tanaka devant la Chambre des conseillers, 23 septembre 1973.

du droit d'initiative du Premier ministre concernant ses propres choix politiques dans les délibérations du Cabinet dans la Loi sur le Cabinet), le renforcement du soutien institutionnel du Premier ministre et du Cabinet (par exemple, renforcement du secrétariat général du cabinet et création de deux ministères, celui du cabinet et des affaires générales) et création du poste de vice-ministre principal (*Fuku daijin*) et de secrétaire parlementaire (*Seimukan*) au niveau ministériel pour remplacer le poste de vice-ministre parlementaire (*Seimu jikan*).

Qu'en est-il de la réforme du système judiciaire³⁶ ? En fait, une fois les réformes politiques et administratives achevées, les gouvernements conservateurs successifs ont immédiatement réformé le système judiciaire. Il faut dire que si le pouvoir exécutif a été considérablement renforcé par les réformes politiques et administratives, le renforcement du pouvoir judiciaire vis-à-vis des branches politiques en tant que contre-pouvoir dans une perspective d'« équilibre des pouvoirs » n'a pas été sérieusement envisagé. Il est clair que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois exercé par le pouvoir judiciaire n'a été ni actif ni efficace, avec seulement 10 jugements d'inconstitutionnalité sur des dispositions des lois parlementaires par la Cour suprême depuis 1947³⁷. On considère que même si une réforme du système judiciaire avait été proposée et adoptée pour renforcer le pouvoir judiciaire en tant que contrepoids politique, il aurait été impossible de la mettre en pratique, car elle aurait été confrontée à une forte hostilité politique des conservateurs qui n'auraient pas voulu être gênés dans leurs actions politiques par un pouvoir judiciaire renforcé. Il s'agissait donc clairement d'un choix politique.

Il convient de noter qu'un véritable changement s'est produit sous le gouvernement Koizumi (de 2001 à 2006), à savoir une diminution du dualisme du processus décisionnel politique entre le PLD au pouvoir et le gouvernement. Avec le gouvernement Koizumi, a émergé la centralisation du pouvoir entre les mains du « *core executive* »³⁸ et une plus grande autonomie vis-à-vis de l'organisation bureaucratique et de son parti. Le « *core executif* » correspond ici à un « siège » regroupant toutes les organisations qui contribuent à intégrer les politiques diverses et contradictoires du gouvernement central ou qui agissent comme modérateurs lors des confrontations entre les acteurs au sein des organisations gouvernementales et administratives. En outre, le style politique de Koizumi était étroitement

³⁶ Voy. sur le pouvoir judiciaire au Japon, notre article « Les garanties constitutionnelles de l'autorité judiciaire et ses problèmes au Japon », in *Revue du Droit Public*, 2007, no 1.

³⁷ H. Itoh, *The Supreme Court and benign elite democracy in Japan*, Farnham, England: Ashgate, 2010.

³⁸ M. Ito, « Nihon no seijiteki rîdâshipu (leadership politique au Japon) » in T. Hattori *et al.*, *Nikkan seijino hikaku bunseki*, Tokyo : Keio University Press, 2006 ; M. Ito, « Iseijiteki rîdâshipu to koa eguzekutyibu ron (Leadership politique et théorie de *core executive*) », *Kobe Hôgakukai zasshi*, 2007, Vol. 57, n°3.

lié à celui du présidentielisme. C'est au cours de cette période qu'apparaît le phénomène de « présidentialisé de la politique » commun aux pays avancés. Ce dernier se compose d'un dirigeant jouissant de larges prérogatives institutionnelles accordées par le statut de chef du pouvoir exécutif, indépendant du parti politique auquel il appartient, et dans la personnalisation du processus politique pendant la campagne électorale avec la prééminence de la figure du chef du pouvoir exécutif.

À l'exception de l'actuel gouvernement Abe (depuis 2012), aucun des successeurs de Koizumi après 2006 n'a pu maintenir un *leadership* politique aussi stable et puissant, même s'ils jouissaient exactement des mêmes prérogatives institutionnelles. Il est donc clair que le phénomène du *leadership* politique est le produit de la combinaison d'une position définie par des règles institutionnelles et les caractéristiques d'un homme politique et de son équipe qui l'occupe. Il convient de noter ici que le statut juridique formel n'a jamais été un facteur déterminant unique.

Avec le changement de gouvernement intervenu en 2009, le paysage politique japonais a été bouleversé. Arrivé au pouvoir en septembre 2009, le Parti démocrate (ci-après dénommé PD), en coalition avec le Parti social-démocrate et le Nouveau Parti populaire (jusqu'à la démission du Premier ministre Hatoyama en juin 2010), a mené une série d'actions politiques dont l'objectif était de changer plus radicalement que le gouvernement Koizumi les rapports entre la bureaucratie et les politiciens. Au nom d'un « *leadership* politique », le PD a tenté de « démocratiser » le processus d'élaboration des politiques nationales fondamentales en limitant l'autonomie dont jouit chaque administration ministérielle³⁹.

Des réformes ont été introduites, avec des slogans tels que la « suppression de l'initiative des bureaucrates » et la « réalisation de l'initiative politique ». La pratique établie de la discussion préalable au Conseil des vice-ministres administratifs avant l'ouverture du Cabinet a été supprimée. Le Parti démocrate a interdit en principe à ses parlementaires de présenter un projet de loi d'initiative parlementaire. Malgré le renforcement du pouvoir exécutif, les trois gouvernements du PD se sont effondrés très rapidement (Hatoyama 9 mois, Kan 15 mois, Noda 16 mois) comme ce fut le cas des gouvernements du PLD après celle de Koizumi. Cela est dû à la structure interne trop décentralisée du parti et au manque de performance de ses politiques. Avec la défaite totale du PD aux élections générales de décembre 2012, le nouveau

³⁹ Voy. sur ce sujet, notre article « Démocratie et leadership politique du point de vue du droit constitutionnel japonais », in *Jus Politicum*, n° 6, 2011, <http://www.juspoliticum.com/Democratie-et-leadership-politique.html>.

gouvernement d'Abe a été formé. Intéressons-nous à la situation sous l'actuel gouvernement Abe.

2. UN AUTORITARISME DU CONSTITUTIONNALISME JAPONAIS SOUS LE GOUVERNEMENT ABE ?

2.1. L'idée politique de Shinzo Abe : « sortir du régime d'après-guerre »

Shinzo Abe est né en 1954, dans une famille politique et conservatrice japonaise très bien installée. Son père, Shintaro Abe (1924-1991) a été l'un des dirigeants du PLD à la fin des années 1970 et dans les années 1980 (ministre des Affaires étrangères de 1982 à 1986, et secrétaire général du PLD de 1987 à 1989). Le père de l'épouse de Shintaro, c'est-à-dire le grand-père maternel de Shinzo, a été l'ancien Premier ministre Nobusuke Kishi (de 1957 à 1960). Shinzo Abe est maintenant bien connu comme un fervent défenseur de la réforme constitutionnelle⁴⁰. Son premier poste comme successeur de Koizumi a été très court (de 2006 à 2007). Abe a dû se retirer brutalement, principalement à cause de problèmes de santé. Il est d'une grande importance que, lors de sa prise de fonction, son slogan politique central adressé à l'opinion publique était celui, agressif, de « sortie du régime de l'après-guerre ». Cette notion est chargée d'au moins trois significations⁴¹ : (A) le réexamen et la critique du pacifisme d'après-guerre, (B) le dépassement d'une « vision historique autoflagellatrice », (C) l'insistance sur les valeurs de la culture et de la tradition japonaise.

De ce qui précède (A) se rapporte au désarmement du Japon imposé par l'article 9 de la Constitution actuelle. Selon son idée, l'article 9 était une sanction punitive contre le Japon impérial en tant qu'envahisseur des pays asiatiques. Comme nous le verrons plus loin, il a affirmé que le Japon doit maintenant se remilitariser sans qu'on ne puisse invoquer l'article 9, et contribuer à la paix internationale en incluant la coopération militaire des FAD. La « vision historique autoflagellatrice », évoquée plus haut, renvoie à une version japonaise du révisionnisme historique sur le massacre de Nankin par l'armée impériale et aux « femmes de réconfort » ou esclaves sexuelles (principalement des femmes coréennes, qui ont affirmé avoir été contraintes ou trompées pour devenir femmes de réconfort par l'armée japonaise et des hommes d'affaires en lien avec elle, en Corée, sous l'occupation japonaise). Ce révisionnisme japonais vise à nier l'existence du massacre de Nankin, à critiquer les reportages journalistiques

⁴⁰ L'un de ses puissants groupes de soutien est un groupe d'extrême droite nommé Nihon Kaigi.

⁴¹ K. Togo, « Abe Shinzo no isengo rejimu karano dakkyakui : Bunka to dentô no shiten kara (Abe Shinzo's 'Getting out from post-war regime : From perspective of culture and tradition) », *Kyoto sangyo dagaku sekai mondai kenkyusho kiyo* Vol. 39, p. 1.

qui, selon ses partisans, exagèrent les dommages causés par l'armée impériale, et à nier l'implication de l'armée japonaise dans le recrutement et la gestion des « femmes de réconfort ». Selon Abe, le point (C) affirme que le fait que la Constitution actuelle « imposée » ne mentionne pas la culture et les traditions japonaises est tout simplement honteux pour la nation. Ainsi, le Japon devrait exprimer la splendeur de la culture et de la tradition japonaises d'une manière qui soit au moins comparable à celle d'autres pays. Le fait qu'il n'y ait pas eu de révision constitutionnelle jusqu'à présent est, selon Abe, une sorte de honte nationale. Modifier une disposition constitutionnelle, quelle qu'en soit la teneur, serait l'étape indispensable à franchir pour retrouver cet honneur perdu.

Cependant, la position du Japon vis-à-vis de l'histoire moderne dans ses relations internationales avec les pays d'Asie de l'Est n'était pas si tranchée. En 2015, dans une déclaration publiée à l'occasion du 70^e anniversaire de la fin de la guerre, Abe a affirmé que « le Japon a exprimé à plusieurs reprises son sentiment de profond remords et d'excuses sincères pour ses actions pendant la guerre. Afin de manifester ces sentiments par des actions concrètes, nous avons gravé dans nos cœurs l'histoire de la souffrance des peuples d'Asie, nos voisins »⁴². Une telle démonstration d'humilité et de mesure est en parfaite contradiction avec le dépassement d'une « vision historique autodestructrice » directement liée au slogan « sortie du régime de l'après-guerre ». Nous devons dire que Shinzo Abe a deux visages contradictoires, l'un pour la communauté internationale et l'autre pour ses concitoyens.

2.2. Le projet de révision constitutionnelle (2012) du PLD

Après le premier gouvernement Abe de 2006 à 2007, deux gouvernements de coalition de courte durée du PLD et de *Komeito* se sont effondrés. Un changement de pouvoir a eu lieu en 2009, passant du PLD au PD du centre gauche. Le PLD est devenu un parti d'opposition à la suite d'une défaite écrasante aux élections générales de 2009. À cette époque très exceptionnelle, le PLD, en tant que principal parti d'opposition, a publié un projet très conservateur de révision totale de l'actuelle Constitution⁴³. Bien qu'Abe n'était plus président du PLD à l'époque, il était l'un des quatre conseillers suprêmes⁴⁴ du bureau de promotion de la révision constitutionnelle du PLD qui en a assuré la rédaction. L'objectif principal du projet

⁴² Déclaration du Premier Ministre Shinzo Abe, 14 août 2015, http://japan.kantei.go.jp/97_Abe/statement/201508/0814statement.html.

⁴³ PLD, *Shin kenpo soan* (Nouveau Projet de Constitution), 27 avril 2012, https://www.jimin.jp/policy/policy_topics/pdf/seisaku-109.pdf. Pour une analyse critique, voy. K. Komamura, « Constitution and Narrative in the Age of Crisis in the Japanese Politics », *Washington International Law Journal*, 2017, Vol. 26, n°1, p. 75.

⁴⁴ Tous d'anciens Premiers Ministres.

était de reconfirmer les valeurs politiques fondamentales des conservateurs. Cela vaut la peine d'être analysé comme un symptôme important de « l'autoritarisme du constitutionnalisme japonais ». Nous considérons ce projet comme le résultat d'une sorte de réaction politico-socio-psychologique au développement de la mondialisation de la société japonaise. Elle répondait à un désir de mettre l'accent sur l'identité japonaise en tant que « belle » société traditionnelle par opposition à cette mondialisation, et non à un souci d'incarner une proposition constitutionnelle efficace afin de changer la politique japonaise dans la pratique.

Le préambule du projet déclare que l'objectif de l'établissement d'une nouvelle constitution est de transmettre la tradition nationale correcte et la nation japonaise aux générations futures. Il fait un récit de la longue histoire du Japon, de sa culture unique et de l'Empereur de manière très naïve. En outre, il est symbolique que le sujet des deux premiers paragraphes du préambule soit « Notre nation » et non l'actuel « Nous, le peuple japonais ». Le Préambule est guidé par des sentiments plutôt nationalistes et centrés sur l'État. L'Empereur doit être replacé à la tête de l'État, comme c'était formellement prévu dans la Constitution Meiji. En vertu de la constitution actuelle, l'Empereur est déjà effectivement traité comme le chef de l'État dans les relations diplomatiques avec les pays étrangers. Quant au pacifisme constitutionnel, le projet admet formellement le droit à l'autodéfense et légitime l'existence d'une organisation militaire. Ainsi, il tente d'imprimer un changement clair de l'orientation idéologique de base de la constitution actuelle vers une nouvelle constitution.

En outre, ce projet vise à assouplir les exigences en matière de modification constitutionnelle. Conformément à l'article 96⁴⁵ sur la procédure de révision constitutionnelle, toute modification constitutionnelle requiert l'approbation des deux tiers des membres des deux chambres de la Diète et la majorité des suffrages exprimés lors des élections nationales obligatoires. Le projet de PLD réduit de deux tiers à la moitié le nombre actuel de parlementaires nécessaires dans les deux chambres afin de faciliter une révision constitutionnelle. Bien que ce changement respecterait la majorité simple de l'opinion publique sur la révision en abaissant la rigidité constitutionnelle de la Constitution actuelle, la nature et la valeur de la Constitution en tant que norme juridique changeraient radicalement. De par leur

⁴⁵ Le paragraphe 1 de l'article 96 dispose que « [l]es révisions à la présente Constitution sont initiés par la Diète, par un vote concordant des deux tiers ou plus de tous les membres de chaque Chambre et sont ensuite soumis au peuple pour ratification, ce qui requiert le vote affirmatif de la majorité des voix exprimées, lors d'un référendum spécial ou de toute élection fixée par la Diète ».

nature de norme juridique, la Constitution et les lois ordinaires seraient beaucoup plus proches qu'auparavant.

Sur le plan juridique, il y a beaucoup d'incertitude. On ne peut pas savoir dans quelle mesure la garantie des droits fondamentaux de l'homme pourrait être modifiée par de telles révisions constitutionnelles réactionnaires comparativement à la situation actuelle. Cependant, comme la Constitution est enseignée à l'école primaire et secondaire et, en particulier, comme le texte du préambule est présenté aux jeunes japonais comme édifiant des valeurs nationales fondamentales à poursuivre, la révision conservatrice proposée pourrait avoir un effet important d'endoctrinement et d'exacerbation des sentiments.

Fondamentalement, une telle attitude proactive à l'égard de la révision constitutionnelle est motivée par cette idée politique d'Abe de « sortie du régime d'après-guerre ». Si nous examinons le projet sous l'angle de la mondialisation, nous constatons qu'il est motivé par une sorte de crainte de destruction de la soi-disant « harmonie communautaire » de la société japonaise par la mondialisation actuelle. Comme contre-mesure à cette « situation préoccupante » pour les conservateurs, le projet tente de promouvoir le renforcement d'une domination autoritaire en ravivant les tendances traditionnelles latentes au sein du peuple japonais. Nous devons dire qu'une révision, motivée par l'admiration de la « bonne vieille société », comporte un risque sérieux. Elle nie les diversités sociales qui existent dans le Japon actuel et opprime de multiples éléments hétérogènes de la société japonaise. Plus intéressant encore, une telle allégation ressemble de très près à celle du dirigeant politique hongrois, que nous avons évoqué plus haut. En ce sens, il s'agit d'un phénomène général plutôt que d'un phénomène basé sur une mentalité japonaise particulière.

2.3. Les efforts du gouvernement Abe depuis 2012 pour la modification de la Constitution

En décembre 2012, la victoire écrasante du PLD aux élections générales a fait revenir Shinzo Abe au pouvoir. Le gouvernement Abe jouit toujours aujourd'hui d'un taux d'approbation relativement élevé et a remporté des victoires écrasantes aux élections nationales successives (décembre 2014 et octobre 2017 pour les élections à la Chambre des Représentants, juillet 2013 et juillet 2016 pour les élections à la Chambre des Conseillers). Comment le Premier ministre Abe peut-il exercer un *leadership* politique aussi puissant que celui de Koizumi ? Tout d'abord, on peut noter que, malgré les différences de politiques individuelles entre le PLD et son partenaire de coalition, *Komeito*, leur alliance politique est très stable. En

effet, ils ont réussi à établir une relation de coopération très efficace afin de remporter les élections nationales. Deuxièmement, grâce au soutien de l'opinion publique et à la domination majoritaire de sa coalition dans les deux chambres de la Diète, Abe a pu former un Cabinet très homogène et centripète politiquement, le « Cabinet des amis ». Son Cabinet a bénéficié des résultats des réformes visant à renforcer le pouvoir exécutif depuis les années 1990.

Lorsqu'il est devenu Premier ministre pour la deuxième fois, il a rapidement proposé une révision de la procédure de révision constitutionnelle prévue par l'article 96 de la Constitution japonaise plutôt que ses objectifs réels de révision constitutionnelle. Suite à la proposition du dernier projet du PLD d'assouplir l'exigence de révision constitutionnelle, il a voulu réduire de deux tiers à la moitié le nombre actuel de parlementaires nécessaires dans les deux chambres afin de faciliter une révision constitutionnelle. En d'autres termes, il a essayé de faire passer la flexibilité de la volonté électorale avant la fixité de la norme constitutionnelle. Cette proposition a été faite dans le but d'envoyer un signe positif à ses partisans. Cependant, la proposition d'Abe n'a pas été retenue parce que les partis d'opposition et l'opinion publique l'ont sévèrement critiquée, arguant que cela signifierait une négation substantielle de la constitution écrite et rigide du Japon. Il a donc été contraint de retirer sa proposition⁴⁶.

En mai 2017, Shinzo Abe a dévoilé un plan concret pour réaliser une première révision dans l'histoire constitutionnelle japonaise en 2020. L'objectif principal du plan est de légitimer explicitement l'existence des FAD au niveau du texte constitutionnel afin de mettre un terme au débat sur leur constitutionnalité. Sa proposition consiste à maintenir le paragraphe 2 de l'article 9 interdisant le maintien du « potentiel de guerre » et à ajouter un nouveau paragraphe qui légitime l'existence d'une organisation militaire sur le plan constitutionnel. En outre, Abe a présenté une autre proposition visant à rendre l'enseignement supérieur public gratuit. La proposition d'Abe sur l'article 9 est sévèrement critiquée parce qu'elle encourage efficacement la poursuite de l'expansion militaire en collaboration avec l'armée américaine, même si les deux paragraphes de l'article 9 restent inchangés. Quant à la proposition sur la gratuité de l'enseignement supérieur, bien qu'il soit crucial d'obtenir un soutien financier pour celui-ci, il est absolument inutile de recourir à une révision constitutionnelle pour rendre l'enseignement gratuit. En fait, la proposition est critiquée comme étant une révision inutile, tout simplement

⁴⁶ Toutefois, de nombreux constitutionnalistes ont fait valoir qu'en théorie, une telle réforme ne viole pas une limite substantielle à la modification constitutionnelle. Voir, par exemple, N. Ashibe (revu par Kazuyuki Takahashi), *Kenpō* (Droit constitutionnel), Tokyo, Iwanami Shoten, 6^e éd., 2015 (faisant valoir qu'en théorie, une telle réforme n'impose pas de limite substantielle à la modification constitutionnelle). Voir, de manière générale, S. Matsui, *op. cit.*, p. 260-261.

comme une distraction, un moyen d'empêcher les gens de prêter attention à l'effet possible d'une révision à l'article 9.

2.4. La modification de l'interprétation de l'article 9 par le gouvernement Abe

En 2013, le Cabinet Abe a déterminé qu'il serait politiquement difficile de tenter une modification constitutionnelle de l'article 9 par une modification de la procédure de modification constitutionnelle prévue par l'article 96. Il a donc décidé de modifier l'interprétation interdisant le droit d'autodéfense collective développé par le BLC depuis 1981. En 1981, selon la définition acceptée par le gouvernement japonais, le droit de légitime défense collective signifiait « le droit d'empêcher une attaque militaire contre un pays étranger qui entretient des relations étroites avec lui, même si celui-ci n'est pas directement attaqué ». Selon l'interprétation gouvernementale de l'article 9, « l'exercice du droit de légitime défense qu'il autorise doit être limité au minimum nécessaire pour défendre notre pays ». Par conséquent, l'exercice du droit de légitime défense collective n'est pas autorisé par la Constitution puisqu'il dépasse cette limite⁴⁷.

Pour changer cette interprétation, en août 2013, Abe a nommé Ichiro Komatsu au poste de directeur général du BLC. Komatsu, diplomate professionnel, expert en droit international et ancien ambassadeur du Japon en France, était un parfait étranger pour le BLC⁴⁸. En fait, il a été lancé dans ce qui avait été jusqu'alors un honorable bastion de légistes patronnés par le gouvernement. Bien que la nomination de Komatsu ait suivi la procédure statutaire⁴⁹, elle n'était pas conforme à la pratique de rotation qui remonte à 1946. Traditionnellement, le directeur général adjoint du BLC assumait automatiquement le poste de directeur général à la démission de son prédécesseur. On s'attendait à ce que Komatsu ait un pouvoir consultatif important au sein du BLC. Comme nous le verrons plus loin, le BLC modifiera l'interprétation constitutionnelle de l'article 9 sur le droit de légitime défense collective après la nomination de Komatsu comme directeur général. Il est important de noter ici que le gouvernement japonais a toujours suivi les avis consultatifs du BLC. Ainsi, selon le gouvernement Abe, si cette règle coutumière doit toujours être respectée, c'est l'avis consultatif qui doit être modifié.

⁴⁷ Réponse écrite du Cabinet, 29 mai 1981.

⁴⁸ Il a été contraint de démissionner en raison de son état de santé le 16 mai 2014.

⁴⁹ Le paragraphe 1 de l'article 2 de la loi sur l'établissement du BLC dispose que le directeur général du BLC est nommé par le Cabinet.

En juillet 2014⁵⁰, le Conseil des ministres a annoncé un changement dans l'interprétation constitutionnelle de l'article 9 par le gouvernement. Ce changement d'interprétation de l'article 9 par le Gouvernement élargit la portée pratique du droit de légitime défense, car même s'il n'y a pas d'attaque militaire directe contre le Japon, lorsque les conditions strictes énoncées ci-après sont remplies – s'il résulte une menace pour la survie du Japon et un danger évident de bouleversement fondamental du droit à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur, et lorsqu'il n'existe pas d'autres moyens appropriés pour repousser l'attaque et assurer la survie du Japon et protéger son peuple – le Japon est constitutionnellement en droit d'employer la force minimale nécessaire.

Les critiques selon lesquelles « cette modification de l'interprétation constitutionnelle par le gouvernement Abe constitue une violation du constitutionnalisme » se sont largement et rapidement répandues dans les médias influents, la communauté des constitutionnalistes⁵¹, la *Japan Federation of Bar Associations* (ci-après dénommée JFBA)⁵² et l'écrasante majorité des mouvements pacifiques. Cette critique généralisée visait à s'opposer à l'interprétation du BLC. Il est à noter que les anciens directeurs généraux du BLC⁵³ ont publiquement critiqué ce changement, toujours dans une perspective constitutionnaliste, et l'ancien président de la Cour suprême, Yamaguchi, a exprimé la même opinion⁵⁴. Divers mouvements politiques ont également été encouragés par cet argument constitutionnel. Cette vague de critiques est la raison pour laquelle le gouvernement Abe a eu du mal à convaincre les deux chambres de la Diète d'adopter en 2015 un projet de loi controversé en matière de sécurité, fondé sur la nouvelle interprétation constitutionnelle du droit à la légitime défense collective⁵⁵.

⁵⁰ Au moment du changement d'interprétation de l'article 9, Komatsu n'était plus directeur général du BLC pour cause de maladie, et Yusuke Yokobatake, ancien directeur général adjoint du BLC, lui avait succédé. S'il n'avait pas accepté la nouvelle interprétation constitutionnelle de l'article 9, une autre personne extérieure au BLC aurait probablement été nommée au poste de directeur général.

⁵¹ Le 11 juin, le journal *Asahi Shinbun* a rapporté que seulement 1,6 % des 122 constitutionnalistes japonais considéraient ce projet de loi comme constitutionnel.

⁵² S. Murakoshi, « Statement Opposing the Bills to Revise National Security Policy », *Japan Federation of Bar Associations*, 14 mai 2015, <https://www.nichibenren.or.jp/en/document/statements/150514.html>.

⁵³ Avis présenté par Masasuke Ômori (en poste de janvier 1996 à août 1999) au Comité spécial Paix et Sécurité de la Chambre des Conseillers le 9 septembre 2015 ; Avis présenté par Masahiro Sakata (d'août 2004 à septembre 2006) au Comité spécial de la Chambre des représentants sur la législation sécuritaire le 22 juin 2015 ; Avis présenté par Reiichi Miyazaki (de septembre 2006 à janvier 2010).

⁵⁴ Opinion présentée par l'ancien président de la Cour suprême Shigeru Yamaguchi (en poste d'octobre 1997 à novembre 2002) dans le journal *Asahi Shinbun* le 3 septembre 2015.

⁵⁵ T. Osaki, « Thousands protest Abe, security bills at Diet rally », *The Japan Times*, 30 août 2015, <http://www.japantimes.co.jp/news/2015/08/30/national/thousands-protest-Abe-security-bills-Diet-rally/#.V0edKJOLR->, rapportant que les organisateurs ont déclaré que 120.000 personnes se sont réunies autour du bâtiment de la Diète le 30 août 2015, dernière visite le 5 juin 2018.

Dans le contexte du droit constitutionnel, cette critique a eu une grande influence politique. Malgré notre position politique à l'égard de la politique militaro-diplomatique du gouvernement Abe, nous nous demandons si ce changement dans l'interprétation constitutionnelle du gouvernement concernant le droit à la légitime défense collective est une crise constitutionnelle. Nous nous demandons s'il est juridiquement approprié d'affirmer que ce changement d'interprétation du gouvernement mène à une crise du constitutionnalisme. Il est vrai que la nomination de Komatsu au poste de directeur général du BLC a déstabilisé l'autonomie du contrôle de l'élite juridique sur les activités des branches politiques qui avait été la tradition. Cependant, nous devons dire que d'un point de vue juridique, l'interprétation établie de l'article 9 par le BLC de 1981 à 2014 n'est pas du tout une norme au niveau constitutionnel, mais seulement une interprétation provisoire qui avait été créée comme *modus vivendi* né des luttes politiques successives de longue date entre la droite et la gauche dans la politique japonaise. En tant qu'ancien juge de la Cour suprême et éminent spécialiste du droit administratif, Tokiyasu Fujita⁵⁶ souligne clairement que non seulement le BLC, mais chaque autorité peut modifier son interprétation du droit et des règles si elle juge plus approprié de le faire suite à un changement social notable. De plus, d'un point de vue juridique, le gouvernement n'est contraint par aucune interprétation du BLC⁵⁷.

2.5. La politique du gouvernement Abe à l'égard des médias

D'une manière générale, le gouvernement Abe a adopté une attitude très sensible et critique à l'égard des critiques faites dans les médias. C'est particulièrement vrai pour les émissions de télévision en raison de leur influence sur l'opinion publique⁵⁸. En fait, les dirigeants du PLD, y compris Abe, ont estimé que le PLD était toujours une victime récurrente de reportages politiquement partiaux des médias qui seraient excessivement défavorables au

⁵⁶ Tokiyasu Fujita, « Oboegaki: Shudanteki jieikenn no Kôshi wo meguru ikenronngi ni tsuite (Mémoire sur le débat autour de la constitutionnalisation d'un exercice du droit collectif de légitime défense) », *Jichikenkyu*, 2016, Vol. 92, n°2, p. 3 ; Tokiyasu Fujita « Jieitaihô 76jô 1kô 2gô no hôi (Signification juridique de l'item 2 du paragraphe 1 de l'article 76 de la loi sur les Forces d'Autodéfense) », *Jichikenkyu*, 2017, Vol. 92, n°6, p. 3.

⁵⁷ H. Yamamoto, « Interpretation of the pacifist Article of the Constitution by the Bureau of Cabinet Legislation : A new source of constitutional law? », *Washington International Law Journal*, 2017, Vol. 26, n°1, p. 99 spec. 111.

⁵⁸ À la suite des élections générales de juillet 1993, le PLD a perdu le pouvoir et est devenu un parti d'opposition. Deux mois plus tard, en septembre 1993, Sadayoshi Tsubaki, membre du conseil d'administration et directeur du Report Bureau de TV Asahi Corporation, a déclaré publiquement et franchement que pendant la période des élections générales, sa station avait assuré une couverture politique consciemment avantageuse pour les principaux partis d'opposition. Sa remarque a été critiquée comme une violation de l'article 4 de la Loi sur la radiodiffusion concernant le principe d'impartialité politique de la radiodiffusion, comme nous le verrons ci-dessous, et il a été cité à comparaître en tant que témoin assermenté devant la Diète le 25 octobre 1993. On l'appelle l'affaire *Tsubaki*.

parti conservateur. Avec la défaite historique du PLD aux élections générales de la Chambre basse, ils étaient de plus en plus convaincus d'être des victimes médiatiques.

Dans le rapport du rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion sur sa mission au Japon devant le Conseil des droits de l'homme et l'Assemblée générale de l'ONU (juillet 2017), le professeur David Kaye⁵⁹ a écrit ce qui suit : « Le 20 novembre 2014, les dirigeants du PLD ont envoyé aux réseaux de radiodiffusion une lettre intitulée “demande d'assurance d'impartialité, de neutralité et d'équité dans la couverture médiatique pendant l'élection”. La lettre demandait la “neutralité et l'équité” en ce qui concerne, par exemple, le nombre, le temps de parole et le choix des orateurs invités. Le PLD a écrit à TV Asahi moins d'une semaine plus tard pour critiquer un rapport du 24 novembre sur les politiques économiques de la coalition gouvernementale diffusé sur l'émission *Hodo Station* et demandant des “programmes justes et neutres” ».

En réalité, la loi japonaise sur la radiodiffusion adopte une doctrine d'équité. Le paragraphe 1 de l'article 4 dispose que :

« [un] organisme de radiodiffusion télévisuelle doit respecter ce qui suit lorsqu'il édite des programmes nationaux ou des programmes nationaux et internationaux (ci-après dénommés “émissions nationales, etc.”) : (i) ils ne doivent pas avoir d'influence négative sur la sécurité publique ou les bonnes mœurs ; (ii) ils doivent être politiquement justes ; (iii) ils ne doivent pas déformer les faits ; et (iv) ils doivent clarifier les points litigieux sous autant d'angles que possible lorsqu'il existe des opinions divergentes concernant une question ».

Le paragraphe 1 de l'article 5 dispose que « [l]e radiodiffuseur doit fixer des normes d'édition des programmes de radiodiffusion (ci-après dénommées “normes de programmation”) en fonction de la classification des programmes de radiodiffusion (c'est-à-dire des catégories telles que les programmes culturels, les programmes éducatifs, les programmes d'information, les émissions de divertissement, etc.) ». La loi japonaise sur la radiodiffusion adopte un système de licence et le ministère des Affaires générales et des Communications a le pouvoir d'accorder une licence de diffusion à une société de radiodiffusion privée.

Le ministre des Affaires générales et des Communications peut ordonner la suspension de l'exploitation dans certaines conditions, selon les pouvoirs qui lui sont conférés par son permis. Le paragraphe 1 de l'article 76 de la loi sur la radio dispose que :

« [l]e ministre peut, lorsqu'un titulaire de licence, etc. a enfreint les dispositions de la présente loi ou de la loi sur la radiodiffusion, ou toute ordonnance ou disposition administrative prise en vertu de celles-ci, ordonner au titulaire de licence, etc. de suspendre l'exploitation de la station radio pendant une période

⁵⁹ D. Kaye, « Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion on his mission to Japan », 2017, <http://www.ohchr.org/EN/issues/FreedomOpin'on/Pages/Annual.aspx>.

déterminée ne dépassant pas trois mois ou suspendre tout ou partie de la validité de l'enregistrement conformément au paragraphe 1 de l'article 27-18 ou imposer une limitation aux heures de fonctionnement autorisées, fréquences et puissance d'antenne pendant une période déterminée ».

De même, l'article 174 de la loi sur la radiodiffusion dispose que « si le radiodiffuseur (à l'exclusion des radiodiffuseurs terrestres de base) a enfreint la présente loi ou une ordonnance ou disposition fondée sur la présente loi, le ministre des Affaires générales et des Communications peut fixer un délai de trois mois et ordonner la suspension des activités de radiodiffusion ». De plus, dans un tel système, un titulaire de licence a de bonnes raisons de craindre que sa demande de renouvellement de licence de radiodiffusion soit refusée par le ministre pour un motif purement politique parce qu'il n'y a pas de participation d'un comité indépendant composé de spécialistes de la radiodiffusion aux décisions du ministre. Par conséquent, la majorité des spécialistes du droit de la radiodiffusion soulignent que l'article 4 de la Loi sur la radiodiffusion doit être interprété simplement comme une disposition consultative sans aucune sanction légale. Cependant, le Gouvernement Abe a adopté une position totalement opposée. En 2016, le ministre des Affaires générales et des Communications, Sanae Takaichi, a répondu à une question de la commission du budget de la Chambre des représentants en déclarant que si le ministre juge qu'il y a eu violation de l'article 4 de la Loi sur la radiodiffusion, il n'est pas inconcevable qu'une licence soit suspendue par ordre du ministre.

De plus, Abe a été en mesure d'offrir le poste de directeur général de la NHK à une personne proche de lui. En vertu de la Loi sur la radiodiffusion, le directeur général est élu parmi les membres du conseil d'administration de la NHK, nommés par le Premier ministre avec le consentement des deux chambres. David Kaye a déclaré : « lors de sa conférence de presse inaugurale, le président sortant de la NHK, qui était président lors de la visite du Rapporteur spécial, a déclaré : [i]l ne serait pas bon pour nous de dire "gauche" lorsque le gouvernement dit "droite" [dans les émissions internationales] ». Cette déclaration, retirée par la suite par le président, a été considérée par beaucoup comme suggérant que le rôle du réseau est de défendre les politiques gouvernementales⁶⁰. Il semble que le gouvernement Abe ait nommé à un poste aussi important dans les médias japonais, une personne qui ne comprend ni l'importance de la liberté de la presse ni la responsabilité sociale des médias.

⁶⁰ *Op. cit.*

2.6. L'utilisation du pouvoir de nomination par le gouvernement Abe

Il est évident que le gouvernement Abe a tendance à utiliser son pouvoir de nomination pour promouvoir énergiquement ses idéaux et objectifs politiques. L'exemple le plus frappant est celui du gouvernement Abe qui a modifié l'interprétation de l'article 9 de la Constitution présentée par le BLC. Nous aimerions mentionner ici d'autres événements importants.

En ce qui concerne la nomination des hauts fonctionnaires en général, en mai 2014, le Bureau du Cabinet des Affaires du Personnel (*Naikaku jinjikyoku*) a été créé avec l'approbation du PD, qui était redevenu le principal parti d'opposition en 2012. Ce Bureau fait office de secrétariat du Premier ministre afin de faciliter la prise de décisions concernant la nomination d'environ 600 hauts fonctionnaires de ministères et d'organismes, dont des vice-ministres administratifs ou permanents (*Jimujikan*) et des chefs de bureaux (*Kyokuchō*). L'objectif de ce nouveau système est de mettre en place un système permettant de traiter une variété de questions par le biais de nominations stratégiques de fonctionnaires de haut niveau, de façon rapide et unifiée. Le gouvernement Abe s'est immiscé dans les nominations politiques afin de renforcer son pouvoir, alors que les gouvernements précédents avaient évité de le faire largement pour maintenir le respect de l'autonomie du système bureaucratique. Ils avaient estimé que la stabilité du système bureaucratique était très importante pour lisser les fonctions gouvernementales. C'est pourquoi le maintien de l'autonomie de l'affectation du personnel des ministères vis-à-vis du monde politique est traditionnellement généralement respecté au Japon. Les derniers scandales de sociétés éducatives liés au trafic d'influence, notamment ceux liés aux liens du ministère des Finances avec des entreprises dirigées par des proches d'Abe (scandales *Moritomo gakuen* et *Kake gakuen*), sont des exemples des pires aspects résultants de cette réforme. C'est l'un des phénomènes provoqués par le renforcement des initiatives politiques vis-à-vis du système bureaucratique. Le soutien de politiciens importants est devenu essentiel pour qu'un bureaucrate de rang moyen et élevé puisse obtenir une promotion.

En ce qui concerne la procédure de nomination des juges de la Cour suprême, les Cabinets précédents respectaient les propositions de nouveaux juges faites par la Cour suprême. Il est rapporté que le gouvernement Abe a enfreint la règle conventionnelle de procédure de nomination des juges de la Cour suprême⁶¹. Contrairement à son homologue d'avant-guerre et

⁶¹ Voy. A. Shinbun, « Isaikosai jinji, kanrei kuzusu (*Breaking the conventional rule of the personal affairs of Supreme Court*) », 2 mars 2017 ; S. Nishikawa, « Kankō “mushi no saikōsai jinji” (*Breaking a “conventional rule” of personal affairs of Justice of the Supreme Court*) », 2017, <http://www.kinyobi.co.jp/kinyobinews/2017/02/27/「慣行」無視の最高裁人事%EF%BC%88西川伸一%EF%BC%89> ; T. Ino, « Abe naikaku ga saikōsai jinji ni

établi par la Constitution, la Cour suprême est le pilier le plus important du système judiciaire japonais et détient l'autorité suprême en la matière. L'article 76 de la Constitution japonaise dispose que « l'ensemble du pouvoir judiciaire est dévolu à une Cour suprême et aux tribunaux inférieurs établis par la loi ». Il n'existe aucune disposition proclamant expressément l'autonomie de l'autorité judiciaire dans la Constitution actuelle. Cependant, ce n'est pas seulement le « tribunal de dernier ressort ». Elle a également le droit d'administrer l'autorité judiciaire. Les juges des juridictions inférieures sont nommés par le Conseil des ministres sur une liste de personnes désignées par la Cour suprême » (paragraphe 1 de l'article 80). Par conséquent, dans la pratique, le pouvoir de nomination des juges des juridictions inférieures est réservé à la Cour suprême, plus précisément au Secrétariat général de la Cour suprême. Il s'agit d'une organisation bureaucratique composée uniquement de juges professionnels compétents. Sous l'autorité du Président de la Cour suprême, le Secrétariat général procède à la (ré) affectation des juges inférieurs à leur poste (au niveau national, tous les trois ans pour chaque juge).

En ce qui concerne la nomination des juges de la Cour suprême, contrairement à ce qui se passe aux États-Unis, le Cabinet a toute autorité sans ingérence d'autres organes (paragraphe 2 de l'article 6⁶², paragraphe 1 de l'article 79⁶³). Dans la pratique, environ un tiers des sièges de la Cour suprême sont occupés par des juges professionnels (actuellement 6 juges sur 15). Le reste est partagé entre des avocats (4), des procureurs (2), des bureaucrates (2) et un professeur de droit. Selon une règle établie, lorsqu'un juge nommé parmi les avocats prend sa retraite à l'âge de 70 ans, un nouveau juge est nommé par le Cabinet parmi les candidats sur la base d'une liste de recommandations établie par la JFBA. Toutefois, en 2017, un avocat qui ne figurait pas à l'origine sur la liste établie par la JFBA a été ajouté par la Cour suprême après négociation entre la Cour et le Cabinet, et finalement nommé par le Cabinet comme juge de la Cour suprême. En fait, on rapporte que la Cour suprême a ajouté plusieurs candidats à la liste

kainyu ka (*Did Abe administration interfere in personal affairs of Justice of the Supreme Court?*) », 2017, <https://blogos.com/article/207598/>.

⁶² Le paragraphe 2 de l'article 6 dispose que l'Empereur nomme le président de la Cour suprême désigné par le Cabinet. La nomination du président par l'empereur n'est qu'un acte formel. À ce stade, l'article 3 dispose que l'avis et l'approbation du Cabinet sont requis pour tous les actes de l'Empereur en matière d'État, et le Cabinet en est responsable, et l'article 4 prévoit que l'Empereur ne peut accomplir que les actes prévus par la présente Constitution et qu'il n'a aucun pouvoir lié au gouvernement.

⁶³ Le paragraphe 1 de l'article 79 dispose que la Cour suprême est composée d'un président et d'un nombre de juges fixé par la loi ; tous ces juges, à l'exception du président, sont nommés par le Cabinet. Il convient de noter que leur nomination doit être conférée par le peuple lors de la première élection générale des membres de la Chambre des représentants, et "après une période de 10 ans, et de la même manière par la suite" (article 79). L'article 81 dispose que la Cour suprême est le tribunal de dernier ressort habilité à statuer sur la constitutionnalité de toute loi, ordonnance, règlement ou acte officiel. Aucun juge n'a été destitué par cette procédure.

de recommandation, répondant ainsi à une demande du Cabinet qui souhaitait « ouvrir ce poste plus largement qu'auparavant ». Le juge ainsi nommé est un professeur, Atsushi Yamaguchi, spécialiste de premier plan en droit pénal, qui s'était inscrit comme avocat 6 mois seulement avant sa nomination.

Nous ne pouvons pas dire si la nomination de Yamaguchi aura une influence sur l'orientation de la jurisprudence de la Cour suprême en grande partie et directement en raison des pressions politiques. Comme nous l'avons vu plus haut, il est important de noter que les affaires personnelles des juges de la Cour suprême peuvent non seulement orienter son propre droit jurisprudentiel, mais aussi celui des juridictions inférieures par l'exercice du pouvoir de nomination. Ainsi, comme on peut bien le constater, l'ingérence du Cabinet au sein de la Cour suprême par le biais de son pouvoir de nomination est très préoccupante.

CONCLUSION

Le but de cet article est d'identifier un autoritarisme du constitutionnalisme japonais sous le gouvernement de Shinzo Abe. Pour ce faire, nous avons dû faire la distinction entre deux éléments différents, à savoir l'idéal politique d'Abe de « renforcement de la démocratie » et sa vision négative du régime constitutionnel d'après-guerre. Évidemment, le premier ne peut être attribué uniquement au gouvernement Abe. Depuis la fin des années 1990 jusqu'à aujourd'hui, les gouvernements successifs ont fait un effort continu pour restreindre les systèmes d'autonomie bureaucratique dans les structures politiques japonaises. Les trois gouvernements du PD y ont participé de 2009 à 2012. Nous pensons que la réforme des systèmes politico-bureaucratiques conventionnels développés depuis 1955 est une étape nécessaire. Par conséquent, nous ne pouvons pas dire que ce que le gouvernement Abe a fait pour restreindre les systèmes bureaucratiques eux-mêmes est une indication suffisante de l'autoritarisme du constitutionnalisme japonais. L'attitude fortement négative d'Abe à l'égard du régime constitutionnel d'après-guerre est un tout autre sujet. Dans la situation du Japon qui a radicalement changé depuis les années 1990 à l'heure de la mondialisation, les structures de gouvernance japonaises ont considérablement changé. Les principales cibles des réformes successives ont été les systèmes bureaucratiques hautement développés et autonomes de la structure de gouvernance japonaise et la structure politique décentralisée connexe. La multiplication de la corruption népotique derrière la structure de l'autonomie bureaucratique et l'immobilisme politique étaient des maladies profondes et majeures de la politique japonaise.

Comme nous l'avons vu plus haut, une série de réformes gouvernementales du système électoral et du pouvoir exécutif ont été réalisées au nom du « renforcement de la démocratie ».

Contrairement à la réforme du système de gouvernement, les pensées et les actions d'Abe en ce qui concerne la révision constitutionnelle sont radicales et, surtout, très polémiques et, en ce sens, très particulières pour lui ou son gouvernement. Le problème constitutionnel particulier du Japon est que, puisque le gouvernement Abe a conçu la révision constitutionnelle davantage comme un outil idéologique que comme un outil pratique pour améliorer le fonctionnement du régime démocratique libéral japonais, les partis d'opposition ont tendance à empêcher toute révision constitutionnelle, ce qui a pour conséquence d'empêcher toute discussion constructive. Basé sur son credo politique du « sortir du régime d'après-guerre », il s'est efforcé de réaliser une révision constitutionnelle, quelle qu'elle soit, par divers moyens, et contre des opinions divergentes. (A) La proposition de révision constitutionnelle de la procédure de révision constitutionnelle (article 96), (B) la réinterprétation de l'article 9, et (C) la proposition de révision constitutionnelle de 2017 (relatif à la légitimation des FAD et à l'enseignement supérieur public gratuit) en sont des exemples. La question est la suivante : ces trois exemples peuvent-ils vraiment être qualifiés de symptômes d'un autoritarisme du constitutionnalisme japonais ?

Certes, (A) vise à apporter moins de rigidité aux normes constitutionnelles qui ont fonctionné comme une caisse à outils pour la libéralisation et la démocratisation de la société japonaise. Par conséquent, on peut clairement conclure qu'une telle proposition n'est rien d'autre qu'une tentative d'autoritarisme du constitutionnalisme. Il est évident qu'en essayant d'utiliser cette révision constitutionnelle comme un outil, l'actuel gouvernement Abe tente de rendre la politique japonaise plus autoritaire qu'auparavant. En revanche, (C) est une proposition de révision constitutionnelle tout à fait compréhensible pour changer le *statu quo* constitutionnel. En fait, la majorité des constitutionnalistes jugent toujours les FAD inconstitutionnelles. Donner une légitimité constitutionnelle aux FAD par une révision constitutionnelle est en soi une proposition naturelle. Dans ce cas, l'important est d'organiser le contrôle juridique des activités militaires des FAD, y compris au niveau de la norme constitutionnelle. Compte tenu de cette analyse juridique, cette tentative en vertu de l'alinéa (C) ne peut être qualifiée d'autoritarisme du constitutionnalisme. En ce qui concerne (B), il est certain qu'il a provoqué une sorte de déstabilisation des systèmes de gouvernement bureaucratiques depuis 1955. Mais, si l'on considère que la remilitarisation modérée d'après-guerre soutenue par un large consensus populaire a été atteinte dans le cadre de la constitution

actuelle, nous ne pouvons conclure que la réinterprétation est nécessairement un phénomène de « constitutionnalisme japonais en crise », ou un pas évident vers un autoritarisme du constitutionnalisme japonais. Par conséquent, s'il y a des préoccupations liées au « constitutionnalisme japonais en crise », il ne s'agit pas de questions militaires. Au contraire, les préoccupations concernent directement la démocratie libérale, c'est-à-dire qu'on peut se demander si le gouvernement Abe respecte la liberté d'expression politique garantie par la Constitution et le bon fonctionnement du processus démocratique, comme nous l'avons vu plus haut avec son attitude envers les médias.

L'attitude d'Abe semble fondée sur une vision minimaliste très simpliste de la démocratie, c'est-à-dire limitée à l'idée d'absolutisme électoral. Par des victoires écrasantes successives aux élections nationales depuis 2012, le gouvernement Abe est convaincu qu'il exprime la volonté populaire et n'est donc pas très sensible aux critiques de l'opinion publique concernant des scandales graves. Le fait que le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire ait été affecté par l'exercice du pouvoir de nomination des juges de la Cour suprême par son gouvernement, comme nous l'avons vu plus haut, découle d'une conception aussi minimaliste de la démocratie.

Enfin, nous devons dire que le système constitutionnel actuel est en quelque sorte déficient quand il s'agit de prévenir l'absolutisme électoral et d'améliorer le degré de démocratie. Par exemple, bien que la Constitution adopte un système de contrôle de la constitutionnalité des lois, ce système n'est pas suffisant pour contrôler efficacement les pouvoirs politiques en raison des limites institutionnelles (en principe, *a case or controversy* est une condition nécessaire pour porter une affaire devant la Cour). En outre, le Cabinet a le pouvoir de nommer librement un juge de la Cour suprême sans aucune ingérence d'autres autorités. Dans le système du régime parlementaire, ni le contrôle horizontal des pouvoirs politiques composés de dirigeants élus ni la protection des droits des gens vulnérables ou de ceux dans une situation précaire ne fonctionnent de manière satisfaisante. Il faut dire qu'un pouvoir exécutif fort sans changement de dirigeants tend inévitablement vers l'autoritarisme de la politique. Pour empêcher cela, la protection des droits fondamentaux, en particulier la liberté d'expression des citoyens et des médias, est extrêmement importante.

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

Jessica Balmes *

Table des matières

INTRODUCTION	148
1. LES AMBIGUÏTES DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i> CONSACREE AUX ARTICLES 6 ET 8 DU REGLEMENT ROME I	150
1.1. LES AMBIGUÏTES SOULEVEES PAR LA FORMULATION DES REGLES DE CONFLIT SPECIALES RELATIVES AU CONTRAT DE CONSOMMATION ET DE TRAVAIL	151
1.1.1. <i>Les ambiguïtés découlant de la présentation des rattachements subjectifs et objectifs.</i>	152
1.1.2. <i>Les ambiguïtés générées par l'emploi de l'expression « dispositions impératives »</i>	155
1.1.3. <i>Les ambiguïtés résultant de la référence à l'article 3</i>	157
1.2. LES AMBIGUÏTES QUANT AUX EFFETS DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i>	160
1.2.1. <i>Les spécificités des effets de l'autonomie in favorem par rapport aux effets de l'autonomie conflictuelle</i>	160
1.2.2. <i>Les spécificités des effets de l'autonomie in favorem par rapport aux effets de l'autonomie matérielle</i>	164
1.3. AMBIGUÏTES QUANT A LA FONCTION DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i>	168
1.3.1. <i>De la difficulté de déterminer la lex contractus</i>	169
1.3.2. <i>De la fixation du régime substantiel du contrat influençant la solution du conflit de lois</i>	170
2. LES SOLUTIONS PROPOSEES POUR DISSIPER LES AMBIGUÏTES DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i>	172
2.1. LES ANALYSES DE L'AUTONOMIE <i>IN FAVOREM</i> AXEES AUTOUR DE LA NOTION DE LEX CONTRACTUS	173
2.1.1. <i>L'attribution du statut de lex contractus à la loi objectivement applicable</i>	174
2.1.2. <i>Les analyses refusant de trancher de manière ferme la question de la détermination de la lex contractus</i>	176
2.2. L'HYPOTHESE D'UNE AUTONOMIE CONFLICTUELLE TEMPEREE PAR UNE AUTONOMIE MATERIELLE	182
2.2.1. <i>Exclusion de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie restreinte</i>	182
2.2.2. <i>Remplacement de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie matérielle</i>	186

* Jessica Balmes est doctorante à l'École de droit de la Sorbonne et membre du comité de lecture de la Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne.

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

2.3.	DISSIPATION DE L' AMBIGUÏTE PAR LA MOBILISATION DE NOTIONS JUSQU'ICI INEMPLOYEES	189
2.3.1.	<i>Le recours à la notion d'ordre public conflictuel</i>	190
2.3.2.	<i>Analyse de la loi objectivement applicable en termes de lex limitatis</i>	192
CONCLUSION		194

Abstract

*In private international law, one of the first responses to protect the weaker party to the contract should be the full elimination of party autonomy. Nevertheless, articles 6 and 8 of the Rome I regulation, relating respectively to consumer and employment contracts enunciate a kind of party autonomy called “in favorem” in which the law chosen by parties may not have the result of depriving the consumer or the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the objectively applicable law. This mechanism in favour of the weaker party distorts party autonomy’s proper functioning to such an extent that it could be reasonable to think that party autonomy is reduced to the one that exists at a national level, called material or substantial autonomy. Some authors have already examined this mechanism and among other things, the issue of whether the appropriate *lex contractus* is the chosen law or the objectively applicable law, but none of them has sought to explain the specific function of the latter in international consumer and employment contracts.*

Résumé

*L’un des premiers réflexes en matière de protection des parties faibles au stade de la résolution du conflit de lois conduit à écarter totalement le principe d’autonomie de la volonté. Pourtant, les articles 6 et 8 du règlement Rome I relatifs respectivement aux contrats internationaux de consommation et de travail ménagent une place à ce principe en considération du fait que l’autonomie conflictuelle - celle dont les parties disposent en droit international privé et qui leur confère la faculté de désigner elles-mêmes la loi applicable à leur situation internationale - peut servir l’objectif de protection de la partie faible par l’instauration d’une forme particulière d’autonomie in favorem. Toutefois, la faveur ainsi accordée au salarié et au consommateur perturbe le fonctionnement classique du choix de loi à travers l’attachement qui en découle aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable, à tel point que l’on peut douter que le principe d’autonomie n’en ressorte pas affaibli et réduit à la seule autonomie dont disposent déjà les parties en droit interne, à savoir une autonomie matérielle ou substantielle. Les analyses jusqu’à présent élaborées de ce mécanisme, qui arbitrent entre la loi choisie et la loi objectivement applicable pour déterminer laquelle est véritablement la *lex contractus*, n’ont pas cherché pas à expliquer le rôle particulier attribué aux dispositions impératives de cette dernière en matière de contrat international de travail et de consommation.*

INTRODUCTION

La solution du conflit de lois retenue en matière de contrats internationaux de travail et de consommation par le Règlement Rome I invite-elle à relativiser l'affirmation selon laquelle l'élection de droit est « une manifestation originale du principe d'autonomie de la volonté » distincte d'un « acte ordinaire de liberté contractuelle »¹ ? Ferait-elle encore mentir Pierre-Louis Lucas qui affirmait volontiers que « la signification du principe d'autonomie de la volonté est beaucoup plus considérable dans les relations internationales que dans les relations internes »² ?

Les articles 6 et 8 de ce règlement énoncent en effet que les parties à ce type de contrats sont libres de choisir la loi le régissant, sous réserve que ce choix ne prive ni le consommateur ni le salarié de la protection que leur accorde les dispositions impératives de la loi objectivement applicable, c'est-à-dire la loi applicable à défaut de choix effectué par les parties. Cette solution propre aux contrats internationaux de consommation et de travail semble remettre en cause la « simplicité presque déroutante »³ de la solution du conflit de lois retenue en matière contractuelle qui repose sur un principe d'autonomie décrit comme suivant « une approche faisant l'objet d'un large consensus au niveau international »⁴.

En application de ce principe, les parties à un contrat international disposent en effet de deux autonomies là où en droit interne, elles n'en disposent que d'une seule. Leur mise en œuvre suppose d'ailleurs de distinguer chronologiquement deux étapes différentes. Les parties jouissent en un premier temps d'une autonomie dite « conflictuelle »⁵ en ce sens qu'elle intervient au stade du conflit de lois en permettant aux parties de déterminer elles-mêmes la loi applicable à leur contrat international, le soumettant ainsi volontairement à un ordre juridique. En un second temps, elles peuvent exercer une autonomie dite « matérielle »⁶ car, une fois la loi régissant leur contrat déterminée, elles restent libres d'« aménager conventionnellement le

¹ D. Bureau, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif, contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Liber amicorum Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 125 et s., spec. § 43, p. 151.

² P. Louis-Lucas, « La liberté contractuelle en droit international privé », in *Mélanges Jean Dabin*, 1963, p. 743 et s., spec. p. 748 - Mais l'auteur ne distingue pas cependant autonomie de la volonté de la volonté en droit international privé et liberté contractuelle en droit interne.

³ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, § 90, p. 97.

⁴ « Projet de principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *Document préliminaire n° 6 de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, I.16, p. VIII.

⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur P. Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 869 et s., spec. 870

⁶ *Ibid.*, spec. p. 869.

contenu de leur contrat dans la mesure admise par cet ordre juridique »⁷ et il ne s'agit de rien d'autre ici que d'une forme de liberté contractuelle telle que celle que les parties se voient reconnaître en droit interne.

Mais cette simplicité prétendue du principe d'autonomie en droit international privé

« n'est en réalité qu'apparente, car sitôt affirmé le principe de la liberté de choix par les parties, naissent immédiatement les incertitudes relatives aux modalités de ce choix ainsi qu'à la portée qu'il convient de lui accorder. Il suffit pour s'en convaincre de mesurer l'ampleur des controverses doctrinales et jurisprudentielles que le principe a suscitées, et qui d'ailleurs ne sont pas encore définitivement closes »⁸.

Une première conception, la conception la plus objective ou « objectivisme pur », réfute jusqu'à l'existence même d'une autonomie propre au droit international privé en refusant aux parties tout rôle direct dans la désignation de la loi applicable à leur contrat international. L'autonomie y est donc simplement restreinte ou étroite et surtout matérielle, c'est-à-dire réduite à celle dont les parties disposent en droit interne puisqu'elle s'exerce uniquement dans le cadre des limites prévues par la loi objectivement applicable.

À l'inverse, la conception la plus subjective ou « subjectivisme pur » suppose que les parties déterminent librement le contenu de leurs droits et obligations sans avoir de compte à rendre à une quelconque loi qui disciplinerait leur volonté. Cette hypothèse est celle du contrat sans loi, elle implique qu'en choisissant une loi, les parties règlent à la fois la question du contenu de leurs droits et obligations et du conflit de lois, de telle sorte que la norme législative est placée dans la volonté des parties et n'apparaît plus comme hiérarchiquement supérieure au contrat. J.-M. Jacquet appelle encore cette figure « l'incorporation conflictuelle »⁹.

Certains auteurs ont théorisé une ligne médiane entre ces deux conceptions par la voie d'une « objectivisation du subjectivisme »¹⁰ ou d'un « subjectivisme modéré »¹¹. C'est aujourd'hui cette figure qui est largement reprise comme solution du conflit de lois en matière contractuelle lorsqu'est reconnue aux parties, une autonomie conflictuelle leur permettant de choisir elles-mêmes la loi qu'elles veulent voir régir leur situation internationale, à laquelle

⁷ D. Bureau, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif, contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Liber amicorum Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 125 et s., spec. § 45, p. 153.

⁸ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, § 90, p. 97.

⁹ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Trav. Com. Fr. DIP.*, 1993-1995, Pedone, 1996, p. 23 et s., spec. p. 26-28.

¹⁰ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, § 71, p. 69.

¹¹ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, Montchrétien, 2014, § 736, p. 521.

s'ajoute une « autonomie matérielle » au sens d'une liberté contractuelle s'exerçant dans les seules limites prévues par la loi qu'elles ont elles-mêmes choisie.

Alors que l'article 3 du Règlement Rome I consacre cette figure du principe d'autonomie, les articles 6 et 8 réglant spécialement le conflit de lois en matière de contrats internationaux de consommation et de travail, en réservant aux parties faibles la protection accordée par la loi objectivement applicable dans l'exercice du choix de loi, peuvent apparaître comme imposant un « régime plus restrictif d'autonomie »¹². Force est de constater qu'il n'est alors pas aisé de trancher la question de l'étendue de cette autonomie de protection, dite « *in favorem* » et de déterminer si l'élection de droit parvient toujours à se distinguer d'un acte ordinaire de liberté contractuelle. Cette question revêt un enjeu important dans la mesure où du respect des modalités de la faculté de choix qui leur est accordée dépendra l'efficacité juridique de ce choix et de leur opération. La réponse à cette question devra passer par un examen des solutions déjà proposées et de leur pertinence avant de pouvoir nous faire notre propre idée quant au mécanisme institué par les articles 6 et 8 du Règlement Rome I.

La première partie sera consacrée exclusivement à l'analyse des articles consacrant l'autonomie *in favorem* et des ambiguïtés qui transparaissent à la seule lecture de ceux-ci. La seconde partie sera consacrée à l'étude des différentes analyses doctrinales qui ont pu être développées pour lever ces ambiguïtés.

1. LES AMBIGUÏTES DE L'AUTONOMIE *IN FAVOREM* CONSACREE AUX ARTICLES 6 ET 8 DU REGLEMENT ROME I

Le règlement Rome I et la Convention de Rome avant lui consacrent une forme particulière d'autonomie à laquelle est associée la locution latine *in favorem*, souvent traduite par « en faveur »¹³ sans plus de précision quant à son utilisation dans un contexte international. Gérard Cornu¹⁴ définit lui la *favor* comme une « préférence a priori donnée à l'un des deux intérêts en présence » tandis qu'il attribue à la locution « en faveur de » le rôle de désigner « le bénéficiaire direct d'une opération ».

Dans le mécanisme de l'autonomie *in favorem*, le bénéficiaire peut aisément être identifié comme étant la partie réputée faible du contrat. En effet, alors que la conclusion d'une

¹² P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe : sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393-411, spec. p. 407.

¹³ H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^e éd., 1998, p.189.

¹⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, p.452.

opération contractuelle suppose en principe que les parties se trouvent sur un pied d'égalité, tel n'est pas le cas si l'une des parties se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'autre. En droit interne, sont généralement inclus dans cette catégorie, le consommateur ou le travailleur justifiant par-là que le droit adopte des législations permettant de les protéger lorsqu'ils contractent en tant que parties faibles. En érigeant un principe d'autonomie *in favorem*, les articles 5 et 6 de la Convention de Rome et 6 et 8 du Règlement Rome I ont respectivement transposé cette nécessité de protection du consommateur et du travailleur à la sphère internationale¹⁵.

Le considérant n° 23 du règlement Rome I dispose d'ailleurs que « s'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales ». C'est ce qui a justifié la mise en place de règles dites spéciales en ce qu'elles accordent une faculté de choix de loi aux parties, enserrée toutefois dans une limite puisque ce choix ne peut aller jusqu'à priver le consommateur ou le salarié de la protection que lui aurait assurée la loi objectivement applicable.

Toutefois, à la simple lecture des articles 6 et 8 du règlement Rome I, de nombreuses ambiguïtés se font jour quant à la forme que revêt l'autonomie *in favorem*, ambiguïtés qui concernent tant la formulation employée (1.1.) que les effets de cette autonomie (1.2.) ou encore sa fonction (1.3.) et qu'il faut parvenir à bien cerner avant de pouvoir tenter de les faire disparaître.

1.1. Les ambiguïtés soulevées par la formulation des règles de conflit spéciales relatives au contrat de consommation et de travail

La doctrine¹⁶ s'accorde pour dire que le principe d'autonomie peut jouer en droit des contrats internationaux, le rôle d'un facteur de rattachement traditionnellement dévolu à un élément du contrat « révélateur d'un lien, objectivement constatable, entre un rapport juridique

¹⁵ La démarche avait déjà été enclenchée au seul niveau du droit international privé de source française avec l'adoption, en matière de contrats de travail internationaux, d'une règle de conflit « rendant applicable la loi du lieu d'exécution du travail, à laquelle les dérogations sont admises *in favorem laboratoris* ». Cette règle, élaborée à l'occasion d'une décision rendue par la Cour de cassation le 31 mai 1972, *Dlle Thuillier*, n'établissait pas encore si ces dérogations à la loi du lieu d'exécution du travail pouvaient intervenir en faveur d'une loi étrangère, l'adoption d'une telle solution rendant de ce fait la règle de conflit française en tous points similaire à celle retenue par les instruments conventionnels.

¹⁶ Voy. notamment J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, spec. p. 70 ; J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 727-745, spec. 729.

et un certain ordre juridique »¹⁷. Ce rattachement présente une singularité car il repose sur la simple expression d'une volonté des parties de voir leur contrat régi par une certaine loi et donne ainsi un rôle considérable à un élément subjectif mais aussi « immatériel et de nature imprévisible »¹⁸.

Le règlement Rome I et avant lui la Convention de Rome érigent justement l'autonomie de la volonté en facteur de rattachement dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence d'un conflit de lois¹⁹. Mais il ne s'agit ici que de la règle générale et il est important de se demander si, de cette fonction conflictuelle donnée à la volonté des parties, découle systématiquement la nature conflictuelle de l'autonomie dont elles bénéficient notamment dans le cadre des règles dites spéciales en matière de contrats de consommation et de travail (1.1.3.).

Ce travail nécessitera au préalable de s'intéresser à des éléments que l'on retrouve à la fois dans la règle générale et dans la règle de conflit spéciale sous des formes différentes (1.1.1.) pour s'intéresser ensuite à des éléments de formulation propres à la seule règle de conflit spéciale (1.1.2.).

1.1.1. Les ambiguïtés découlant de la présentation des rattachements subjectifs et objectifs

Le droit commun relatif aux contrats internationaux mis en place par le Règlement Rome I suit une approche dualiste. En effet, le « schéma conflictuel de base »²⁰ de cet instrument conventionnel se caractérise par un facteur de rattachement objectif, totalement indépendant de la volonté des parties et un rattachement subjectif consacrant un principe d'autonomie de la volonté. Malgré le fait que ces facteurs de rattachement se voient consacrer un article chacun, il ne faut pas douter que de leur combinaison résulte une véritable règle de conflit de loi dualiste²¹.

¹⁷ J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 727-745, spec. 729.

¹⁸ *Ibid.* p. 730.

¹⁹ Voy. la formulation exacte du texte de l'article 1^{er} du Règlement Rome I du 17 juin 2008 : « Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale ».

²⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd, Paris : Dalloz, 2013, p.551.

²¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e ed, Paris : Dalloz, 2013, spec. p. 551 - Cette affirmation peut être nuancée par le fait que la présentation duale des règles de conflit masque en réalité une règle de conflit objective unique qui serait simplement dépourvue d'impérativité, le facteur de rattachement subjectif autorisant seulement les parties à déroger d'un commun accord au facteur objectif.

Il a pu être avancé que cette règle de conflit duale classique n'était pas de nature à assurer la protection que requièrent les parties contractantes réputées faibles, ce qui pouvait laisser penser que cette structure avait été abandonnée s'agissant des contrats de travail et de consommation. Il faut ainsi remarquer certaines différences qui se manifestent à travers la présentation des facteurs de rattachement puis à travers les liens qui les unissent.

Un ordre de présentation inversé. Traditionnellement en présence d'une règle de conflit dualiste, « le principe d'autonomie est placé en tête ; vient ensuite le rattachement objectif présenté comme subsidiaire, en ce sens qu'il est supposé n'intervenir que si les parties en ont décidé autrement, par un choix exprès ou manifesté de façon assez certaine »²². Le règlement Rome I en est une illustration car il reconnaît la primauté au principe d'autonomie en le consacrant à l'article 3 tandis que les différents facteurs de rattachement objectifs en fonction des catégories de contrats se rencontrent à l'article suivant (art 4). La consécration première de l'autonomie de la volonté tend à manifester l'importance du pouvoir des parties quant à la détermination de la loi applicable. On se souviendra à cet égard que Henri Batiffol²³, commentant l'arrêt *Fourrures Renel*, y voyait là une présentation dangereuse donnant à penser que la dérive vers un subjectivisme pur ou une autonomie intégrale était proche.

Dans le cadre de l'article 6 relatif aux contrats de consommation, le principe d'autonomie n'est plus placé en tête. Le facteur objectif est énoncé dès le premier paragraphe tandis que la faculté de choix des parties n'apparaît qu'à la lecture du deuxième paragraphe. De là à considérer que cette présentation traduirait le « domaine plus restrictif » assigné à l'autonomie de la volonté dans les contrats impliquant des parties faibles, nous ne le pensons pas. Pour preuve, l'article 8 relatif aux contrats de travail reprend à son compte la présentation traditionnelle avec primauté accordée au facteur de rattachement de la volonté.

Pascal de Vareilles-Sommières insiste d'ailleurs sur le fait que « l'ordre de présentation, dans la règle de conflit, du rattachement subjectif et du rattachement objectif » n'est qu'une « donnée formelle²⁴ » qui ne doit pas « dérouter ». Quel que soit le rattachement auquel revient la primauté, la présentation traduit toujours l'idée d'une règle de conflit objective que le facteur de rattachement subjectif rend supplétive en autorisant les parties à y déroger d'un commun

²² P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015 p.869 et s., spec. p. 877

²³ Note H. Batiffol, *Rev. crit. DIP*, 1959, p. 708 et s.

²⁴ P de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 869 et s., spec. p.876.

accord. Pour autant, si l'ordre de présentation de ces rattachements n'a aucune véritable incidence, il en va autrement des relations entretenues par ceux-ci.

La dépendance des facteurs de rattachement. En principe, dans la règle de conflit caractérisée par son dualisme, les deux critères de rattachement objectif et subjectif sont distincts et indépendants en ce sens que l'un n'influe pas sur l'autre. Le seul lien existant entre eux résulte du caractère subsidiaire du rattachement objectif qui a seule vocation à intervenir lorsque les parties n'ont pas usé de la faculté de choix de loi qui leur était conférée par le facteur de rattachement subjectif. À l'inverse, c'est donc ce dernier qui se voit reconnaître une fonction de rattachement principal.

À tout le moins pourrait-on considérer que les deux rattachements sont liés par le fait que la volonté des parties peut rendre « supplétive » le facteur de rattachement objectif mais nous considérons qu'il s'agit en réalité d'une caractéristique de la règle de conflit de loi objective qui peut exister indépendamment d'un facteur de rattachement subjectif autonome prévoyant une faculté de choix de loi des parties. En effet, c'est bien cette dernière qui accorde l'autonomie aux parties en leur indiquant qu'elle « se pose comme susceptible de dérogation volontaire de leur part »²⁵.

Relevons que dans les articles 6 et 8 du Règlement Rome I, le schéma inverse nous est présenté. Le rattachement subjectif et le rattachement objectif sont en effet « liés et dépendants »²⁶ en ce sens que « la mesure de l'admissibilité de la loi choisie est donnée par la loi applicable à défaut de choix »²⁷. Cette conséquence découle du fait que les deux articles prévoient que le choix de loi par les parties ne peut priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles on ne peut déroger par accord de la loi objectivement applicable. Puisque cette dernière donne la mesure dans laquelle l'autonomie de la volonté peut s'exercer, il est permis de dire que c'est bien au facteur de rattachement objectif qu'est dévolue la fonction de rattachement principal.

²⁵ *Ibid.* p. 878.

²⁶ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 171.

²⁷ P. M Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève : Georg, 1985, n° 314, p. 150.

1.1.2. Les ambiguïtés générées par l'emploi de l'expression « dispositions impératives »

Si les facteurs de rattachement objectif et subjectif se retrouvent à l'identique dans la règle de conflit générale et les règles de conflit spéciales, ces dernières se caractérisent, toujours à première lecture, par une formulation qui leur est, cette fois, particulière. Cette formulation traduit l'aménagement de la règle de conflit générale aux besoins de protection des consommateurs et des travailleurs en se posant comme une limite à un éventuel choix de loi que les parties sont autorisées à faire. La nouvelle formule consacrée par le règlement Rome I a été l'occasion de lever les incertitudes générées par celle qui avait été consacrée dans la Convention de Rome.

L'origine de l'ambiguïté : la formulation de la Convention de Rome. Les articles relatifs aux contrats internationaux de consommation et de travail dans la Convention de Rome (art. 5 et 6) prévoient en effet que le choix de la loi applicable par les parties ne peut avoir pour effet de priver le travailleur ou le consommateur de la protection que lui assurent les « dispositions impératives » de la loi applicable à défaut de choix.

L'emploi de ce vocabulaire créait une incertitude quant aux règles couvertes par cette expression puisque celle-ci peut englober non seulement les dispositions impératives internes de la loi objectivement applicable mais aussi les dispositions internationalement impératives ou lois de police et plus encore, peut s'analyser comme une référence à l'ordre public international. D'ailleurs, la même Convention utilise, en son article 7, pour décrire les lois de police, cette même expression de « dispositions impératives » donnant à penser que les articles 5 et 6 se réfèrent aux lois d'application immédiate.

Cette ambiguïté s'est retrouvée dans la mise en œuvre par les tribunaux des articles 6 et 8 du Règlement Rome I. Ainsi, dans un arrêt du 12 juillet 2010²⁸, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la référence ambiguë aux « dispositions impératives » n'imposait à la loi choisie par les parties que le respect de l'ordre public international²⁹. Les juridictions françaises avaient été saisies d'un contentieux relatif à un contrat de travail entre un transporteur routier domicilié en France et une entreprise espagnole avec une clause de choix de loi au profit de la loi espagnole. Les juges du fond ayant estimé que la loi française était la loi du lieu

²⁸ Cass. Soc., 12 juillet 2010, n° 07-44.655.

²⁹ Note F. Jault-Seseke, « Compétence et loi applicable à la rupture de contrats de travail s'exécutant habituellement en France et comportant une clause de choix de loi étrangère », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 72 et s. (Même si nous verrons qu'une autre analyse de cette décision est susceptible d'être faite).

d'exécution du travail en raison du fait qu'il y recevait ses ordres, ont considéré que les dispositions de la loi française étaient applicables à la question de la prescription en tant que dispositions plus favorables que celles du droit espagnol. Ils avaient donc affirmé que les règles de droit français relatives à la prescription présentaient un caractère impératif et la solution semblait à ce titre « empreinte de bon sens »³⁰. Pourtant, la décision est cassée par la Chambre sociale qui considère que le délai de prescription prévu par le droit espagnol n'est pas contraire au *summum jus*³¹ composant l'ordre public international français à partir du moment où il suffit à garantir un accès au juge et qu'ainsi le travailleur n'était pas privé de la protection des dispositions impératives de la loi française. Selon F. Jault-Seseke, une telle solution tend à recouper les notions de « dispositions impératives » et d'ordre public international « à moins que la chambre sociale n'ait entendu consacrer le caractère disponible de la prescription de l'action en contestation du licenciement »³².

Mais le problème est que ce raisonnement semble méconnaître le mécanisme prévu à l'article 6 qui était pourtant prétendument appliqué. En effet, il n'est nullement prévu que pour que les dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix trouvent à s'appliquer, la loi choisie doit être contraire à l'ordre public international. La conséquence est que le mécanisme qui se voulait protecteur du travailleur se retourne contre lui. En réalité, la seule question que la chambre sociale aurait dû se poser était celle de savoir si les dispositions de la loi française étaient plus favorables que celles de la loi espagnole, la réponse à cette question étant positive puisque le délai de prescription espagnol était beaucoup plus bref que celui prévu en droit français.

L'éclairage bienvenu du Règlement Rome I. Face aux incertitudes générées par l'expression « dispositions impératives » de la Convention de Rome de 1980, le Règlement Rome I du 17 juin 2008 a adopté une nouvelle formulation, particulièrement éclairante quant aux règles de la loi objectivement applicable auxquelles font référence les articles 6 et 8 relatifs aux contrats de travail et de consommation. Désormais, celles-ci doivent être entendues comme « les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ». Il est donc manifeste que l'ordre public visé par le mécanisme n'est pas l'ordre public international mais l'ordre public interne. De même, « la distinction avec le mécanisme des lois de police est donc fermement acquise »³³.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Peut être traduit par « sommet du droit » ; À l'origine employé par Cicéron, « *summum jus, summa injuria* » signifiant « l'application excessive du droit conduit à l'injustice ».

³² Note F. Jault-Seseke, « Compétence et loi applicable (...) », *op. cit.*, *Rev. Crit. DIP*, 2011, p.72 et s.

³³ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 21.

D'ailleurs, la clarification a été étendue jusqu'à l'article 9 du Règlement Rome I par le biais du considérant n° 37 de ce même Règlement. En effet, ce dernier indique que « la notion de loi de police devrait être distinguée de celle de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord et devrait être interprétée de façon plus restrictive »³⁴.

L'expression a, par ailleurs, été reprise par l'arrêt *Briand* de la chambre sociale du 12 novembre 2002³⁵, tout en précisant que c'est à la loi applicable à défaut de choix de déterminer si ses dispositions sont impératives ou non³⁶.

1.1.3. Les ambiguïtés résultant de la référence à l'article 3

La dernière ambiguïté révélée par la formulation des règles de conflit spéciales tient à la référence directe qu'elles font à la règle générale contenue à l'article 3 du règlement Rome I lorsqu'il s'agit d'accorder une faculté de choix aux parties. Il ne faut toutefois pas se laisser abuser par cet élément de formulation en lui attribuant un pouvoir de transfert de la solution générale qui consacre une véritable autonomie conflictuelle aux règles de conflit spéciales.

La consécration d'un principe d'autonomie conflictuelle par l'article 3. La forme d'autonomie propre aux contrats internationaux ne porte pas directement sur « la substance des droits et obligations » mais, à l'inverse, « concerne la solution du conflit de lois »³⁷. Plus concrètement, par le biais de l'autonomie conflictuelle, les parties se verront accorder la faculté de choisir la *lex contractus*, c'est-à-dire la loi applicable à leur contrat.

Telle est justement la forme d'autonomie qui innove aujourd'hui le règlement Rome I. En effet, l'article 3 prévoit que c'est aux parties que revient en priorité de fixer la solution du conflit de lois en choisissant la loi applicable à leur opération contractuelle tandis que l'article 4 retient des facteurs de rattachement objectifs n'intervenant que dans le cas où les parties n'auraient pas exercé leur faculté de choix, se posant ainsi comme supplétif³⁸.

³⁴ Symeon C. Symeonides reprend la distinction puisqu'il associe les « *rules that cannot be derogated from by agreement* » aux « *simple mandatory rules* » se caractérisant par le « *lowest threshold for defeating party autonomy* ».

³⁵ Cass. Soc., 12 novembre 2002, n° 99-45.821 ; 99-45.888.

³⁶ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 21.

³⁷ P. De Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 6.

³⁸ Plus précisément, nous nous trouvons face à une combinaison de l'autonomie conflictuelle et de l'autonomie substantielle encadrée. Cette combinaison se matérialise par la faculté pour les parties de fixer la substance de leurs droits et obligations dans le « respect du cadre législatif posé » par la loi qu'elles ont-elles-mêmes choisie. À l'inverse, si ce cadre législatif était posé par la loi applicable à défaut de choix sans que les parties ne se voient reconnaître la possibilité de décider de la solution à donner au conflit de lois, nous serions en face d'une forme d'autonomie restreinte.

Un indice³⁹ à l'intérieur du Règlement Rome I tend à confirmer que l'autonomie de principe est bien celle que nous avons décrite. Tout d'abord, l'article 3 affirme que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Le verbe « régir » provient du latin *rex* signifiant « roi » qui, appliqué à notre hypothèse renvoie à l'idée d'une position souveraine de la loi par rapport au contrat⁴⁰. Du simple emploi de ce verbe, il découle que sont exclues à la fois une simple incorporation matérielle de la loi choisie par les parties dans les contrats internationaux car elle serait réduite à une simple stipulation contractuelle mais aussi l'incorporation conflictuelle de cette loi dans le contrat car la loi serait alors abaissée au même niveau hiérarchique que le contrat ne pouvant plus ainsi exercer de position souveraine.

Interrogations quant à la portée de la référence à l'article 3. Les articles 6 et 8 du Règlement Rome I respectivement relatifs aux contrats internationaux de consommation et de travail, prévoient que les parties à ces contrats peuvent choisir la loi qui lui est applicable en précisant que ce choix doit se faire « conformément à l'article 3 » du même Règlement. La référence qui y est faite suscite des interrogations quant à sa portée et notamment quant à une éventuelle transposition d'un principe d'autonomie conflictuelle dans les contrats internationaux de consommation et de travail.

L'hésitation provient du fait que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome prévoient à l'inverse que le choix des parties s'exerce « nonobstant l'article 3 » que l'on peut traduire par « sans avoir égard », « en dépit de » ou encore « malgré », semblant ainsi vouloir marquer la

³⁹ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰ Nous pensons également que la lecture qui a pu être proposée des articles 10 § 1 et 3 § 5 du Règlement Rome I en termes d'autolégitimation par analogie aux articles 9 § 1 e) et 6 § 1 a) des Principes de La Haye retenant les mêmes solutions, doit être dépassée. Par l'emploi de l'expression « autolégitimation », Symeon C. Symeonides entend décrire le phénomène à travers lequel les questions relatives au consentement et à la formation du contrat mais aussi de la clause de choix de loi sont soumises à la loi choisie par les parties. Il n'est pas contestable que cette solution soit retenue par l'article 10 du Règlement Rome I prévoyant que la validité au fond du contrat ou de l'une de ses dispositions est soumise à la *lex contractus*, loi choisie par les parties. De la même façon, de la combinaison de l'article 10 et 3 § 5, il résulte que la clause de choix de loi entre dans le domaine des clauses dont la validité et l'existence du consentement sont soumises à la loi elle-même choisie par les parties. Mais l'emploi de ce vocabulaire tend à mettre en exergue que les parties peuvent ainsi « auto-légitimer » leur contrat ou leur choix de loi en choisissant une loi exerçant une fonction validante à cet égard. Le pas vers la consécration d'une autonomie intégrale n'est pas grand puisque, présenté de cette manière, l'impression est donnée que le titre de la loi choisie à régir ces questions découle de la volonté même des parties tandis que dans le cadre d'une autonomie conflictuelle, c'est en principe le droit du for qui a vocation à statuer sur les questions relatives à l'existence et la validité de la clause de choix de loi. Nous pensons qu'il ne faut pas s'arrêter à cette première lecture de ces articles, incompatible avec une forme d'autonomie conflictuelle. À l'inverse, une seconde lecture peut amener à penser que si la loi choisie dispose d'un titre à régir ces questions, ce n'est que parce que l'auteur de la règle de conflit, ayant constaté que la loi choisie présentait un lien particulièrement étroit avec la clause de choix de loi, aurait alors étendu le domaine cette loi à ces questions, tout en opérant un retrait de son propre droit pour les régir. Le titre de la *lex contractus* à s'appliquer ne découlerait donc plus de la volonté des parties mais du choix opéré par l'auteur de la règle de conflit. Ces articles se présenteraient de ce fait comme des articles parfaitement compatibles avec une forme d'autonomie conflictuelle.

spécificité du mécanisme consacré par ces articles par rapport à l'article 3. Mais le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention reprend pourtant l'exigence d'un choix fait « conformément » à cet article, entretenant ainsi la confusion. Nous considérons qu'il ne faut pas donner une portée si large à la référence ainsi faite à l'article 3 et qu'il ne faut y voir qu'une simple indication du fait que les articles 6 et 8 renvoient sur ce point « au droit commun quant aux conditions d'exercice ⁴¹» de l'autonomie prévu à l'article 3. Le choix de loi se voit alors imposer une première restriction puisque, selon l'article 3, il doit « résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Par ailleurs, l'article 3 §1 prévoit une faculté de dépeçage pour les parties en disposant que le choix de loi applicable peut porter sur la totalité ou une partie seulement du contrat. Cette faculté serait donc ainsi transposée aux contrats internationaux de consommation et de travail par le biais de la référence à cet article.

Si le choix de loi doit s'exercer conformément au droit commun du Règlement Rome I dans le cadre des articles 6 et 8, il nous semble en revanche que la clause de choix de loi se voit soumise à une condition spécifique dans le cadre des contrats de consommation et de travail. Cette condition résulte d'une analyse de la décision rendue par la Cour de justice le 28 juillet 2016⁴². L'affaire opposait une filiale luxembourgeoise de la société Amazon et une association de consommateur autrichienne concernant un contrat de consommation dans lequel les conditions générales de vente d'Amazon stipulaient que « les présentes conditions d'utilisation sont soumises au droit luxembourgeois ». L'association exerçait en l'espèce une action en éradication de cette clause en considérant qu'elle constituait une clause abusive.

La Cour de justice a fait droit à la demande de l'association de consommateur en affirmant que cette clause « engendre un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » mais également induit en erreur le consommateur « en lui donnant l'impression que seule la loi de l'État membre du siège du professionnel s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également, en vertu de l'article 6 §2 du Règlement Rome I, de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause ».

Il en résulterait que, sous peine de se voir déclarées abusives, les clauses de choix de loi dans les contrats de consommation devraient nécessairement mentionner que le consommateur peut invoquer l'application des dispositions impératives de la loi objectivement applicable,

⁴¹ A. Waiyamuk, *La protection du consommateur en droit international privé européen*, thèse, 2013, p. 217.

⁴² CJUE, 28 juillet 2016, *VKI c. Amazon EU*, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612.

malgré le choix effectué. Mais de nombreuses interrogations se font jour quant à cette éventuelle condition. Tout d'abord, il faut souligner le fait que la clause de choix de loi figurait dans des conditions générales de vente et que la Cour a peut-être souhaité limiter cette condition à ce type de configuration. On peut également s'interroger sur une éventuelle extension de cette condition aux contrats de travail.

1.2. Les ambiguïtés quant aux effets de l'autonomie in favorem

L'emploi du vocabulaire « *in favorem* » traduit le but assigné à cette forme d'autonomie innervée par l'idée d'assurer une certaine protection aux parties faibles dans l'usage de la faculté de choix de loi. De ce qualificatif assigné à l'autonomie ne découle en revanche aucune précision quant à ses effets qui restent alors à analyser et à construire du fait de sa démarcation par rapport aux formes traditionnelles d'autonomies. Là encore, le mécanisme des articles 6 et 8 du Règlement Rome I se caractérise par une certaine ambiguïté que nous tenterons de dissiper dans le cadre de notre étude, tout d'abord, en les comparant à ceux de l'autonomie conflictuelle (1.2.1.) et ensuite en les comparant à ceux de l'autonomie matérielle (1.2.2.).

1.2.1. Les spécificités des effets de l'autonomie *in favorem* par rapport aux effets de l'autonomie conflictuelle

L'autonomie conflictuelle ou « subjectivisme modéré »⁴³, en conférant aux parties une faculté de choix de la loi applicable au contrat, permet aux parties de déroger d'un commun accord au rattachement objectif prévu par la règle de conflit. Dans le cadre des contrats de travail et de consommation internationaux, la loi du lieu de résidence du consommateur et la loi du lieu d'exécution du travail devraient donc pouvoir être systématiquement écartées au profit de la loi ayant obtenu la faveur des parties. Pourtant, cet effet de l'autonomie conflictuelle ne se retrouve pas tel quel, sans aménagement, dans le cadre des règles de conflit de lois relatives aux contrats impliquant des parties réputées faibles. En effet, alors que certains auteurs ont souligné les ambiguïtés relatives au caractère supplétif du rattachement objectif, d'autres sont allés jusqu'à considérer que ce dernier se présentait même comme impératif dans ces matières.

Ambiguïtés quant à la faculté de dérogation à la règle de conflit de lois objective. Dans le cadre d'une forme d'autonomie conflictuelle classique, si les parties disposent d'une faculté de dérogation au rattachement objectif prévue par la règle de conflit de lois, c'est parce que ce

⁴³ Selon l'expression de P. Mayer (V. P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd, Paris, Montchrétien, 2014, § 736, p. 521).

rattachement objectif présente un caractère particulier en ce sens qu'il est dit « supplétif ». Pascal de Vareilles-Sommières soutient ainsi l'idée que la supplétivité du facteur de rattachement objectif est une caractéristique majeure de l'autonomie conflictuelle, bien plus que l'ordre de présentation des rattachements objectif et subjectif⁴⁴.

Très vite, il faut toutefois lever certaines ambiguïtés surgissant à l'emploi du terme supplétif qui est susceptible de recouvrir des significations quelque peu distinctes. Dans un premier sens, le supplétif est corrélé à une idée de suppléance : la volonté des parties ne s'étant pas exprimée par le biais d'un choix exprès de celles-ci, l'idée se fait jour qu'il faudrait alors pallier cette absence par la découverte d'une volonté présumée des parties ou hypothétique. Mais au-delà du risque de retomber dans les travers souvent inhérents à la recherche d'une « interprétation divinatoire des volontés »⁴⁵, il faut mettre en exergue l'incohérence liée à l'apposition des termes « objectif » et « supplétif ». Ce qui caractérise en effet un rattachement objectif est qu'il se départit absolument de toute prise en considération de la volonté des parties, même présumée. Le qualifier de supplétif au sens présentement évoqué nous met alors face à une apparente contradiction. Dans un second sens, la règle qualifiée de supplétive serait celle que les parties peuvent écarter en exprimant une volonté commune contraire. Dans ce cas, il n'y aurait alors plus de contradiction à la considérer à la fois comme objective et supplétive, en ce sens que ce terme se départit de référence à la volonté des parties. Cette signification est bien celle qui doit être retenue pour qualifier le mécanisme résultant de la combinaison des articles 3 et 4 du Règlement Rome I. Mais force est de constater que la transposition de celle-ci au mécanisme particulier des articles 6 et 8 du même règlement a suscité beaucoup plus de discussions.

P. M Patocchi⁴⁶ a, à cet égard, démontré son scepticisme quant au caractère supplétif des rattachements objectifs retenus pour les contrats mettant en cause des parties faibles. Ce scepticisme découle du fait que les lois de résidence du consommateur et du lieu d'exécution du travail retenues justement à titre de rattachement objectif sont analysées comme des « lois de la protection minimale »⁴⁷. Le caractère supplétif des rattachements objectifs ne serait plus automatique mais conditionné à ce que la loi choisie se présente comme étant plus favorable au

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 9.

⁴⁶ P. M Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, p. 376 et s., § 304, p. 146.

⁴⁷ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats. Etude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 590, 612 et s., spec. 589.

consommateur et au travailleur que la loi objectivement applicable. Un critère de faveur vient faire barrage à la susceptibilité de dérogation à la règle de conflit objective dès lors que le choix des parties s'est porté sur une loi moins protectrice des intérêts des parties faibles. J. Ch. Pommier a adopté une présentation des choses quelque peu différente mais aboutissant au même constat. Selon lui, la règle de conflit mise en place aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I prévoit « une mise en jeu conditionnelle du rattachement principal de la volonté [...] lorsque la volonté des parties s'est portée sur une loi plus favorable⁴⁸. » Nous avons vu précédemment que si les parties disposent d'une faculté de choix, c'est uniquement en considération de la règle de conflit de lois objective qui vient leur indiquer qu'elle se pose comme étant supplétive, il faut donc en déduire que si les parties disposent d'une faculté de choix « conditionnée », c'est bien parce que la règle de conflit de loi objective conditionne sa propre supplétivité.

Un facteur de rattachement objectif impératif, analyse en termes de lois de police. Pierre Mayer se livrant à une analyse des articles 5 et 6 de la Convention de Rome relatifs aux contrats impliquant des parties faibles, est allé encore plus loin dans la remise en cause du caractère supplétif du rattachement objectif en se prononçant en faveur d'une interprétation en termes de lois de police des lois retenues au titre de ce rattachement objectif par chacun de ces articles. J.-M. Jacquet⁴⁹ se prononce également en faveur d'une telle interprétation. Dans sa thèse, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, il fait en effet figurer l'autonomie *in favorem* dans un paragraphe intitulé « la remise en cause du choix et les lois de police ⁵⁰».

Le for, qui dispose seul du pouvoir de fixer le critère d'application de sa propre loi de police, le fait traditionnellement en effet par l'intermédiaire d'un rattachement objectif impératif, c'est à dire insusceptible de dérogation par les parties. À cet égard, Pascal de Vareilles-Sommières soulignait que la politique de faveur au principe d'autonomie « ne va pas jusqu'à l'interdiction irréaliste de tout facteur de rattachement impératif en matière contractuelle »⁵¹ faisant par-là explicitement référence aux lois de police, cette considération étant largement transposable à la philosophie du règlement Rome I du 17 juin 2008. Mais l'application des « dispositions impératives » des lois du lieu de résidence du consommateur et du lieu d'exécution du travail en tant que lois de police est incompatible avec une forme d'autonomie conflictuelle. Tout d'abord, parce que l'impérativité du facteur de rattachement

⁴⁸ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 170.

⁴⁹ J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, p. 292.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 10.

implique que les parties ne se voient pas accorder de faculté de dérogation volontaire à cette loi alors que la caractérisation de l'autonomie conflictuelle implique en principe que le rattachement objectif ne soit pas insusceptible de dérogation par les parties en raison de son impérativité⁵². Ensuite, parce que si la loi de police a vocation à s'appliquer, c'est que la situation appelle « un régime conflictuel non autonomiste »⁵³.

Ces analyses en termes de lois de police soulèvent d'ailleurs quelques incohérences. Premièrement, ces lois d'application immédiates sont souvent caractérisées comme étant « conflictuellement dérogoires »⁵⁴ en ce sens que leur application se passe d'un préalable conflictuel qui viendrait donner compétence à l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Pierre Mayer disait à ce propos qu'elles forcent la compétence⁵⁵ de leur propre ordre juridique. Or, il est intéressant de noter que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome et les articles 6 et 8 du Règlement Rome I sont généralement qualifiés de règles de conflit, certes spéciales, mais de règles de conflit tout de même. L'application de ces lois de police découlerait donc de la mise en œuvre d'une règle de conflit pouvant aboutir à la désignation d'une loi du for comme d'une loi étrangère. P. Mayer sauve son analyse en ne niant pas que le mécanisme se présente comme bilatéral⁵⁶ alors que l'unilatéralité est généralement de mise en matière de lois de police tout en considérant en revanche que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome présentent tout de même une caractéristique propre aux lois de police, à savoir, « la dépendance de l'applicabilité par rapport au contenu »⁵⁷ qui est inexistante dans le conflit de lois. Pourtant, on sait qu'est reconnue l'existence de règles de conflit à caractère substantiel⁵⁸.

Deuxièmement, comment expliquer qu'un article soit spécialement consacré aux lois de police, à la fois dans la Convention de Rome et dans le règlement Rome I, article qui se présente comme mettant en place un mécanisme distinct de celui des articles relatifs aux contrats de consommation et de travail ?

⁵² P. De Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, Lextenso, 2015, p.869 et s., spec. p. 880.

⁵³ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 10.

⁵⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 207 et s., spec. § 17.

⁵⁵ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277 et s., spec. p. 297.

⁵⁶ *Ibid.* spec. p. 295.

⁵⁷ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belge*, LGDJ, 1996, p. 513 et s. dir. J. Ghestin et M. Fontaine.

⁵⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2464.

Troisièmement, la définition des lois de police retenue par le Règlement Rome I, en les restreignant aux lois nécessaires à la sauvegarde des intérêts publics du for, entendrait exclure les lois de protection catégorielle comme protégeant uniquement des intérêts privés⁵⁹ ou, à tout le moins, aurait entendu signifier tenir compte du fait que la protection des parties faibles est suffisamment assurée par les articles 6 et 8 de ce même Règlement.

Ces prises de position s'expliquent certainement en raison du fait que la clarification quant au terme de « dispositions impératives » retenue par la Convention de Rome n'était pas encore intervenue. Face aux difficultés générées par ce recours à la notion de loi de police, nous préférons nous rallier à la position de J. Ch. Pommier selon lequel la nature du rattachement objectif n'est pas « absolument impérative » mais au mieux « relativement impérative »⁶⁰.

1.2.2. Les spécificités des effets de l'autonomie *in favorem* par rapport aux effets de l'autonomie matérielle

Une différence fondamentale entre l'autonomie conflictuelle et l'autonomie matérielle se manifeste dès lors que l'on tente de déterminer la règle se posant comme supplétive ou susceptible de dérogation par les parties dans le cadre de l'autonomie matérielle. Si l'autonomie conférée aux parties est conflictuelle, nous avons vu que la règle supplétive est la règle de conflit objective mais ce n'est pas elle qui joue ce rôle dans le cadre d'une autonomie matérielle, celui-ci étant dévolu à « la règle substantielle applicable faute de volonté contraire »⁶¹. Nous verrons que l'effet ainsi conféré avec possibilité pour les parties de dérogation à la règle substantielle supplétive ne se retrouve pas à l'identique dans le cadre du mécanisme de l'autonomie *in favorem* mais aussi que la mise en œuvre de ces effets dépend en grande partie du juge.

De la possibilité d'une dérogation in favorem aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable. Dans le cadre d'un contrat international, l'autonomie matérielle ou substantielle dont disposent les parties et qui leur permet de déterminer le contenu des droits et obligations de leur contrat est enserrée dans les limites fixées par la *lex contractus*. Ce statut de *lex contractus* peut être conféré par la loi que les parties ont elles-mêmes choisies, l'autonomie est alors dite « substantielle encadrée »⁶² ou attribué à la loi objectivement applicable dès lors

⁵⁹ Cette idée est toutefois très critiquée (voy. notamment A. Bonomi, « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 225 et s. spec. p. 235-238).

⁶⁰ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 172.

⁶¹ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 7.

⁶² *Ibid.* p. 6.

que les parties ne disposent pas parallèlement d'une autonomie conflictuelle, l'autonomie matérielle devient alors « restreinte »⁶³. Dans les deux cas de figure proposés, la *lex contractus* joue toutefois le même rôle qui s'apparente à celui que joue, en droit interne, la liberté contractuelle. C'est elle qui constitue la règle substantielle à laquelle les parties ont la faculté de déroger d'un commun accord. Plus exactement, il est nécessaire de distinguer au sein de la *lex contractus*, les règles impératives et les règles supplétives, seules ces dernières se posant comme susceptibles de dérogation par les parties. En revanche, les règles impératives ne sauraient souffrir aucune remise en cause de leur compétence au profit d'une loi étrangère.

La transposition pure et simple des effets de l'autonomie matérielle restreinte à l'autonomie *in favorem* se heurte à certains obstacles. L'un de ces obstacles se manifeste à travers la qualification de « loi de la protection minimale » des lois érigées à titre de rattachement objectif par les articles 6 et 8 du Règlement Rome I impliquant que les parties ne peuvent déroger à ce rattachement objectif que si la loi choisie se montre plus favorable aux consommateurs ou aux travailleurs.

En réalité, il faut ici opérer une distinction. En ce qui concerne les dispositions matérielles supplétives de la loi objectivement applicable, la situation est la même dans le cadre de l'autonomie *in favorem* et d'une autonomie matérielle classique : les parties disposent bien d'une faculté de dérogation, que cette dérogation soit défavorable ou favorable à la partie faible. C'est s'agissant des règles impératives de cette même loi que les choses se compliquent. Nous savons que c'est bien cette catégorie de dispositions que visent les articles 6 et 8 lorsqu'ils parlent de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ; dispositions qui sont généralement analysées comme constituant « le minimum de protection de la partie faible »⁶⁴.

Si elles constituent un minimum en dessous duquel il n'est pas possible de descendre, c'est donc, qu'à l'inverse, ce seuil peut être élevé, augmenté, notamment par le choix d'une loi qui viendrait sur les points régis par ces dispositions impératives, consacrer une solution plus favorable au salarié ou au consommateur. Les articles 6 et 8 du Règlement Rome I vont plus loin que les effets traditionnels de l'autonomie matérielle en accordant non seulement une faculté de dérogation aux dispositions supplétives mais également une faculté de dérogation aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable par le choix d'une loi étrangère

⁶³ *Ibid.* p. 5.

⁶⁴ P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393-411, spec. p.407.

plus favorable. Toutefois, cette dernière faculté est canalisée par ces articles dans le sens où la dérogation est subordonnée à un critère de faveur.

On pourra toutefois venir opposer que les articles eux-mêmes décrivent ces dispositions impératives comme étant celles auxquelles « il ne peut être dérogé par accord », traduisant une absence de supplétivité. Mais paradoxalement, ces articles indiquent également que ce dont on ne peut priver les parties faibles et donc ce à quoi on ne peut déroger est seulement « la protection » qu' assure à ces parties la loi objectivement applicable. Nous en déduisons que, plus que l' application des dispositions impératives elles-mêmes, ce qui est surtout considéré comme impératif dans le cadre de ce mécanisme est le seuil minimum de protection qu' institue la loi.

Comme illustration de notre propos, nous nous référons à l' arrêt cité précédemment en date du 12 juillet 2010⁶⁵ mais aussi à un arrêt du 28 septembre 2016⁶⁶ rendus par la chambre sociale. Dans les deux cas, il s' agissait d' un litige portant sur un contrat de travail international dans lequel le travailleur requérait des juges l' application des dispositions impératives de la loi française objectivement applicable comme étant plus favorables que les solutions retenues par les lois choisies par les parties⁶⁷. Dans les deux litiges, la question litigieuse était relative aux délais de prescription pour agir en justice, ceux prévus par les lois choisies étant nettement inférieurs à ceux retenus par les dispositions impératives de la loi française.

Pourtant, à chaque fois, la chambre sociale a refusé de faire droit à la demande du salarié en considération du fait que le salarié n' était pas privé du droit d' accès au juge et qu' ainsi les lois initialement choisies restaient applicables à ces questions malgré un délai de prescription plus court. Notre interprétation de ces arrêts est que la chambre sociale de la Cour de cassation aurait considéré que l' accès au juge⁶⁸ constituait le seuil minimum de protection exigé quant à cette question et qu' ainsi, dès lors que la loi choisie ne descendait pas au-dessous de ce seuil en entravant l' accès au juge, elle pouvait valablement s' appliquer.

Le sort des clauses dérogatoires entre les mains du juge. Lorsque les parties à un contrat international exercent l' autonomie matérielle qui leur est accordée, l' effet de cette autonomie, c' est-à-dire la faculté de dérogation à la règle matérielle supplétive est encadrée par la *lex contractus* elle-même. C' est elle qui fixe en principe le sort des clauses dérogatoires en fonction

⁶⁵ Nous considérons que cette analyse de l' arrêt est celle qui doit être préférée même si la première que nous avons évoquée nous semble également défendable dans une certaine mesure.

⁶⁶ Cass, Soc., 28 sept. 2016, n° 15-107.36.

⁶⁷ Loi suisse dans le premier, loi allemande dans le second.

⁶⁸ Nous regrettons toutefois que le seuil n' est pas été élevé à un accès « effectif » au juge avec prise en considération de la situation de dépendance du salarié.

du caractère supplétif ou impératif de ses dispositions auxquelles il est dérogé par les dispositions d'une loi étrangère.

Dans le cadre du mécanisme institué concernant les contrats de travail et de consommation internationaux dans le Règlement Rome I, les parties ont la faculté de choisir une loi dérogeant aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable à condition que celle-ci soit favorable à la partie faible, consommateur ou travailleur. De cette spécificité quant aux effets de l'autonomie, découle une spécificité quant aux conditions de mise en œuvre de ces effets. Établir le caractère plus favorable des solutions consacrées par la loi choisie par rapport à celles de la loi applicable à défaut de choix va en effet nécessiter l'intervention du juge à qui il reviendra de les comparer. Il en résulte que le sort des clauses dérogatoires aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable sera nécessairement fixé par le juge, lequel dispose d'une certaine liberté d'appréciation. L'autonomie *in favorem* confère ainsi au juge « le pouvoir de vérifier que la loi choisie convient bien au contrat au contrat en lui indiquant la mesure de cette convenance »⁶⁹.

F. Jault-Seseke⁷⁰ a d'ailleurs pu souligner le flou qui régnait quant à l'office du juge dans la mise en œuvre de ces règles de conflit spéciales. Un rapide tour d'horizon des solutions en la matière permet de réaliser qu'il n'existe encore aucune solution ferme dans le domaine.

La première décision à s'être prononcée sur cette question date du 29 mai 1991⁷¹. La chambre sociale affirme que le juge n'a pas à procéder d'office à la comparaison dès lors que le salarié n'a à aucun moment soutenu que la loi choisie serait moins avantageuse que la loi objectivement applicable. Dans un arrêt postérieur⁷², elle retient une solution similaire mais animée par une tout autre philosophie : si elle y affirme que le juge ne doit pas procéder d'office à la comparaison puisqu'il revenait au demandeur de l'invoquer, cette solution semble avoir été retenue en considération de la qualité de ce demandeur qui se trouvait être l'employeur avec l'idée que le régime de faveur quant à la comparaison est réservé au salarié.

⁶⁹ J.-M. Jacquet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p.1 et s., spec. p. 9.

⁷⁰ F. Jault Seseke, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. Crit. DIP*, 2005, p.253 et s. (Ce constat se limite en réalité aux contrats de travail mais par analogie, il peut être étendu aux contrats de travail).

⁷¹ Cass. soc., 29 mai 1991, n° 88-42.335, *Mjorndal*.

⁷² Cass, soc., 20 octobre 2004, n° 02-41.796.

Dans une décision du 12 novembre 2002⁷³, précédemment évoquée, la chambre sociale apporte des précisions quant aux modalités de la comparaison effectuée par le juge et se prononce en faveur d'une méthode globale au détriment d'une méthode analytique. Dans le cadre de la première, il faut comparer « deux systèmes législatifs dans leur ensemble »⁷⁴ tandis que la seconde méthode implique une comparaison « des seuls éléments qui sont en question dans le cadre du litige et qui peuvent eux-mêmes faire l'objet d'une décomposition en éléments distincts »⁷⁵. Une autre précision se fait jour dans cet arrêt, elle se prononce en faveur d'une présomption du caractère plus avantageux de la loi objectivement applicable qui résulte simplement de l'absence d'équivalent dans la loi choisie. La charge de la preuve incombant à la partie faible s'amointrit puisqu'il n'aura plus, dans ce cas, à démontrer le caractère plus favorable de la loi applicable à défaut de choix.

L'arrêt rendu par la Cour de justice le 15 mars 2001 a pu être analysé comme confirmant l'adoption de la méthode globale. S'agissant des entraves en matière de détachements de travailleurs, la Cour de justice y affirme que le contrôle de proportionnalité implique une analyse globale de la situation. Mais d'aucuns expriment leur doute quant à une transposition de cette analyse retenue en matière d'entrave au mécanisme de l'article 6 du Règlement Rome I⁷⁶.

1.3. Ambiguïtés quant à la fonction de l'autonomie *in favorem*

Alors qu'en prenant une forme matérielle, l'autonomie des parties leur permet d'apporter une réponse sur le fond ou matérielle à une question de droit donnée ; en prenant une forme conflictuelle, cette autonomie leur permet d'apporter une réponse au conflit de lois soulevé par leur contrat. Elles jouent ainsi une fonction différente consistant pour la première à déterminer le « régime substantiel du contrat »⁷⁷ et pour l'autre, à fixer « le régime conflictuel du contrat »⁷⁸.

Ayant échoué jusqu'ici à ranger l'autonomie *in favorem* dans l'une ou l'autre de ces catégories par une analyse de ses seuls effets, nous tenterons d'apporter une réponse plus fructueuse à cette problématique par une analyse de sa fonction au regard de celles évoquées

⁷³ P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p.22.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.821 ; 99-45.888.

⁷⁶ CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, note E. Pataut, *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 495.

⁷⁷ *Ibid.* n° 18, p. 7.

⁷⁸ *Ibid.* n° 18, p. 7.

ci-dessus. Malheureusement, cette analyse nous amènera une nouvelle fois à soulever de nombreuses ambiguïtés rendant plutôt vacillante, une simple transposition de la fonction assignée à l'autonomie conflictuelle (1.3.1.) mais aussi de celle assignée à l'autonomie matérielle (1.3.2.) au mécanisme institué par les articles 6 et 8 du Règlement Rome I.

1.3.1. De la difficulté de déterminer la *lex contractus*

En affirmant que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties »⁷⁹ ou encore que « les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat »⁸⁰, les articles 6 et 8 du Règlement Rome I revêtent tous les apparats de l'autonomie conflictuelle en permettant aux parties de choisir la loi applicable au contrat. Pourtant, l'attribution automatique du statut de *lex contractus* à la loi ayant obtenu les faveurs des parties, semble condamnée à rester cantonnée à une simple apparence. En effet, l'évidence n'est plus de mise dès lors que ces mêmes articles se mettent d'accord pour considérer que le choix de loi des parties ne peut priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles on ne peut déroger par accord de la loi applicable à défaut de choix. On assiste, à travers ce tempérament, à une « restauration de l'impérativité conférée à la loi éludée par l'effet du choix d'une loi différente⁸¹ » de nature à laisser penser qu'elle s'impose comme *lex contractus* face à la loi convenue par les contractants. De ce phénomène naîtra une hésitation quant à l'identification de la véritable loi applicable au contrat.

Cette hésitation est particulièrement saisissante en doctrine. Sans entrer dans le détail car nous reviendrons plus tard sur ce point, deux analyses principales⁸² se sont fait jour, divisant les auteurs quant à l'attribution du rôle de *lex contractus*⁸³.

D'un côté, les tenants d'une analyse objectiviste avec comme chef de file, V. Heuzé⁸⁴ considèrent que le rôle de la *lex contractus* ne peut être attribué qu'à la loi objectivement applicable. La loi choisie aura simplement vocation à s'incorporer matériellement dans le contrat dans la mesure où ses solutions passent le test de la conformité aux limites posées par

⁷⁹ Règlement Rome I, art. 8.

⁸⁰ *Ibid.* art. 6.

⁸¹ J.-M. Jacquet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p.1 et s., spec. p. 9.

⁸² Il est intéressant de noter qu'elles ont toutes les deux été élaborées à l'occasion d'une interprétation de la décision rendue par la ch. sociale le 25 janvier 1984 alors pourtant qu'elles retiennent des solutions différentes.

⁸³ Elles se sont développées à propos de la règle de conflit dégagée dans l'arrêt Air Maroc rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 31 mars 1978 avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome retenant un mécanisme en tout point similaire à celui des articles 5 et 6 de cette dernière.

⁸⁴ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988.

la loi applicable à défaut de choix. Ainsi, pour Vincent Heuzé, le principe d'autonomie se recoupe avec la liberté contractuelle⁸⁵.

Une seconde analyse a été développée avec l'idée cette foi que la loi applicable à défaut de choix devrait céder son statut de *lex contractus* à la loi choisie dès lors que celle-ci retient des solutions plus favorables. J.-M. Jacquet⁸⁶ s'est prononcé en faveur d'une telle analyse en rappelant d'abord la compétence de principe de la loi objectivement applicable mais en admettant ensuite que la *lex contractus* puisse être la loi choisie dès lors que le choix s'est fait « dans des conditions licites », c'est-à-dire « si la loi choisie est plus favorable au salarié ». M.-A. Moreau-Bourlès⁸⁷ se rallie également à cette interprétation.

Face à ces hésitations doctrinales et à l'impossibilité d'adhérer pleinement à l'une ou l'autre de ces analyses, P. Lagarde en conclut que le mécanisme d'autonomie *in favorem* « aboutit au sacrifice de la notion de *lex contractus* »⁸⁸ sans pour autant en tirer des conséquences quant à la forme de cette autonomie. Si elle nécessite un raisonnement détaché de toute référence à la *lex contractus*, il semble par conséquent exclu qu'elle puisse s'analyser en une autonomie conflictuelle. En réalité, il semble que la fonction assignée à l'autonomie *in favorem* n'est ni celle traditionnellement remplie par une forme classique d'autonomie conflictuelle ni celle remplie par une forme classique d'autonomie matérielle.

1.3.2. De la fixation du régime substantiel du contrat influençant la solution du conflit de lois

L'autonomie *in favorem* implique du juge une participation active à la résolution du conflit de lois en matière de contrats de consommation et de travail avec la création d'un office du juge portant sur la comparaison de la loi choisie par les parties et de la loi objectivement applicable afin de déterminer laquelle est la plus favorable. Il semble bien que c'est cette particularité qui empêche de considérer que l'autonomie *in favorem* remplit la même fonction que celle assignée à l'autonomie matérielle.

Comme le souligne F. Leclerc, « prétendre comparer n'a pas une grande signification tant que l'on a pas pris position sur le mode de comparaison des lois désignées par les branches

⁸⁵ V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, Paris, GLN-Joly, 1990, p. 249.

⁸⁶ J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, n° 451, p. 293.

⁸⁷ M.-A. Moreau-Bourlès, « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », *in Droit social*, 1986, p. 23 et s.

⁸⁸ P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », *in Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83 et s., spec. p. 95.

de l'alternative »⁸⁹. À ce propos, nous avons vu précédemment dans l'arrêt *Briand* du 12 novembre 2002⁹⁰ que la chambre sociale s'est prononcée en faveur de la méthode de comparaison dite globale⁹¹ la conduisant à mettre en balance les systèmes de licenciement prévus par la loi française et par la loi autrichienne. Mais une fois tranché entre la méthode analytique et la méthode globale⁹² de comparaison, il reste encore à déterminer les modalités de la comparaison qui peut être abstraite ou concrète⁹³. F. Leclerc préconise vivement de trancher en faveur de la première en ce qui concerne la mise en œuvre de l'autonomie *in favorem* et pour cela, il s'appuie sur la formulation des articles 5 et 6 de la Convention de Rome. Il ressort en effet de celle-ci que le choix de loi des parties ne peut avoir pour « résultat » de priver la partie faible de la protection prévue par la loi applicable à défaut de choix. J. Ch. Pommier prend aussi position pour une comparaison effectuée *in concreto* car « la loi la plus favorable à l'intérêt de la partie faible même *in abstracto*, peut ne pas l'être *in concreto* »⁹⁴.

Prenant acte de cette préconisation, nous soulignons très vite qu'elle engendre une difficulté particulière quant à la fonction couverte par l'autonomie *in favorem*. Raisonnons sur la base de l'analyse développée par J.-M. Jacquet et M.-A. Moreau-Bourlès. La loi choisie par les parties ne peut être applicable au contrat que si elle se présente comme plus protectrice du consommateur ou du salarié, la comparaison concrète des deux lois doit donc permettre de déterminer laquelle l'emporte sur l'autre et dispose ainsi d'un titre à s'appliquer au contrat en considération du fait que c'est elle qui protège au mieux les parties faibles. Toujours selon cette analyse, rappelons que la compétence de principe pour régir le contrat est accordée à la loi objectivement applicable. En choisissant une loi, les parties font donc usage d'une autonomie qui s'apparente à une forme d'autonomie matérielle : la loi choisie est incorporée matériellement dans le contrat et se présente comme une simple stipulation contractuelle. Les parties viennent ici fixer le régime substantiel du contrat et ce n'est que si les parties construisent ce régime en incorporant matériellement dans le contrat des solutions plus

⁸⁹ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, Bruxelles : Buylant, 1995, p.712.

⁹⁰ Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 99-45.821 ; 99-45.888.

⁹¹ *Ibid.* « La détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions favorables ayant le même objet ou se rapportant à la même cause ».

⁹² À ce propos, F. Jault Seseke affirme que la chambre sociale a tranché dans l'arrêt *Briand* au profit d'une méthode globale mais s'est livré en pratique à la méthode analytique (V. F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.).

⁹³ Une comparaison concrète impliquera du juge qu'il ne se limite pas à une seule prise en considération du contenu matériel des deux lois mais qu'il compare les résultats concrets auxquels chacune d'entre elle aboutira en l'espèce. Au contraire, dans le cadre d'une comparaison abstraite, seul le contenu des lois devra guider le choix du juge, sans qu'il ait besoin de s'intéresser aux résultats concrets.

⁹⁴ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 183.

L'AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATÉRIELLE OU VÉRITABLE AUTONOMIE CONFLICTUELLE ?

favorables de la loi choisie que celle-ci pourra venir voler le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable. C'est donc au regard de l'application des solutions matérielles retenues par chacune des deux lois au cas d'espèce que le juge pourra donner compétence à l'une ou à l'autre.

J. Ch. Pommier résume ce phénomène ainsi : « la règle de fond influence la règle de conflit ⁹⁵ » car « la consultation de la teneur du droit matériel des différents ordres juridiques que désignent les rattachements pertinents de la règle de conflit s'effectue aux fins de détermination de la loi applicable au contrat »⁹⁶. Constatant que l'autonomie exercée par les parties dans le cadre des articles 6 et 8 du Règlement Rome I leur permet, certes, de fixer le régime substantiel du contrat mais que la fixation d'un régime substantiel du contrat plus protecteur leur permet d'aller jusqu'à déroger à la compétence de principe de la loi objectivement applicable et de résoudre le conflit de lois au profit de la loi qu'elles ont choisie, l'autonomie *in favorem* se démarque de la fonction attribuée à une autonomie matérielle en permettant aux parties d'aller plus loin.

La fonction de l'autonomie *in favorem* n'est pas limitée à celle de la fixation des droits et obligations des parties au contrat étant donné que l'exercice de cette autonomie par les cocontractants peut leur permettre d'aller jusqu'à orienter la solution du conflit de lois⁹⁷.

2. LES SOLUTIONS PROPOSÉES POUR DISSIPER LES AMBIGÜITES DE L'AUTONOMIE *IN FAVOREM*

Si l'on se contentait de pointer du doigt certaines incohérences sans tenter d'y remédier, notre problématique n'aurait pu trouver qu'une réponse doublement négative : l'autonomie *in favorem* n'est ni une autonomie matérielle ni une autonomie conflictuelle. Mais resterait alors entière la question de ce que constitue véritablement cette liberté de choix des parties ne pouvant être exercée qu'en faveur des parties faibles, alors pourtant que nous ambitionnions de faire lumière sur le fonctionnement du mécanisme institué par les articles 6 et 8 du Règlement

⁹⁵ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 176.

⁹⁶ *Ibid.* p. 176.

⁹⁷ Pour autant, nous pensons qu'assimiler l'incorporation de la loi choisie à une incorporation conflictuelle réglant à la fois la question du conflit de lois et des droits substantiel est un pas à ne pas franchir. En premier lieu, cette figure n'a jamais été présentée en doctrine comme pouvant être conditionné en ce sens qu'elle ne serait admise que si la loi incorporée est plus favorable. En second lieu, la question du conflit de lois n'est pas réglée directement par les parties puisque la loi incorporée devra passer l'épreuve de la comparaison effectuée par le juge. Enfin, en troisième lieu, dans le cadre d'une autonomie intégrale, le contrat se dispense d'une quelconque *lex contractus*, or, selon l'analyse développée plus haut, la loi choisie se présentant comme plus favorable, obtient le statut de *lex contractus* à la place de la loi objectivement applicable.

Rome I. Ainsi, si la constatation de ces difficultés était un passage nécessaire, plus nécessaire encore se fait sentir le besoin de les surmonter et de les dépasser.

Afin de satisfaire à cet objectif, un tour d’horizon des analyses doctrinales développées à propos de l’autonomie *in favorem* était indispensable. Ce travail a révélé l’hétérogénéité des interprétations données à celle-ci mais aussi l’absence de signification unitaire doctrinale du mécanisme. Dans le cadre de notre étude, nous nous sommes intéressés à celles d’entre elles qui nous permettaient de nous prononcer sur la forme d’autonomie adoptée dans les articles 6 et 8 du règlement Rome I. Cette seconde partie sera donc l’occasion de les classer et d’en faire la synthèse afin d’évaluer leur pertinence.

Tout d’abord, le constat peut être fait que la plupart des auteurs tentent de lever les ambiguïtés inhérentes à l’autonomie *in favorem* en axant leur analyse sur la notion de *lex contractus*, l’idée étant que les difficultés seront balayées par une attribution du statut de loi applicable au contrat à l’une ou à l’autre des lois en présence (2.1.). La seconde catégorie d’hypothèses résulte d’une transposition de l’interprétation qui a pu être faite des principes de La Haye⁹⁸ tâchant d’encadrer l’autonomie des parties dans les contrats commerciaux internationaux et qui aboutit à voir dans le mécanisme de l’autonomie *in favorem* une forme d’autonomie conflictuelle tempérée par une autonomie restreinte (2.2.). Enfin, face aux insuffisances des deux précédentes catégories que nous avons pu relever, nous avons développé une analyse plus personnelle de l’autonomie *in favorem* en ayant recours à des notions encore peu mobilisées pour tenter de lever l’ambiguïté de ce mécanisme (2.3.).

2.1. Les analyses de l’autonomie *in favorem* axées autour de la notion de *lex contractus*

P. Lagarde déduisait des difficultés découlant de l’identification de la loi applicable au contrat de consommation et de travail, le sacrifice de la notion de *lex contractus*. Pourtant, nombre d’auteurs ont refusé de voir dans ces difficultés, un obstacle à l’adoption d’un raisonnement en termes d’identification de la *lex contractus* car il est vrai que ce type de raisonnement innerve traditionnellement tout le droit international privé et qu’il peut sembler a priori difficile de s’en détacher.

Notre étude nous a pourtant amené à nous rallier, dans une certaine mesure, à la position de P. Lagarde. Se livrant déjà en 1989 à ce travail de recensement des analyses doctrinales

⁹⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016.

L'AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATÉRIELLE OU VÉRITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

relatives à l'autonomie *in favorem*, il n'avait pu que constater que celles-ci se révélaient toutes insuffisantes à expliquer ce phénomène. En réalité, son appréciation se limitait aux deux analyses que nous avons pu déjà évoquer précédemment. La première d'entre elles, qui fera l'objet de notre premier paragraphe, consiste à attribuer de façon ferme et systématique, le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable (2.1.1.). La seconde analyse ayant retenu l'attention de P. Lagarde est celle consistant à attribuer en principe le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable mais à reconnaître que celui-ci peut éventuellement être attribué à la loi choisie par les parties lorsque celle-ci se présente comme plus favorable aux parties faibles (2.1.2.). Notre étude comprendra un troisième paragraphe consacré à une analyse négligée par P. Lagarde dans son exposé et se positionnant en faveur d'un statut de *lex contractus* attribué à la fois à la loi objectivement applicable et à la loi choisie par les parties (2.1.3.).

2.1.1. L'attribution du statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable

Attribuer systématiquement le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable revient à consacrer une simple autonomie matérielle restreinte. Même si cette interprétation permet de prendre clairement position sur la forme d'autonomie dans laquelle viendrait se mouler l'autonomie *in favorem*, l'ampleur des critiques auxquelles elle se heurte nous conduit à la rejeter comme solution de principe.

L'auteur qui a poussé le plus loin son adhésion à cette théorie est V. Heuzé notamment dans le cadre de sa thèse⁹⁹ où il a tranché fermement la question de la détermination de la *lex contractus* en faveur de la loi objectivement applicable. Selon lui, on peut en effet retenir des articles 5 et 6 de la Convention de Rome « une formulation unique » qu'il rédige en ces termes : « que les parties aient ou non stipulé une clause d'*electio juris*, la loi applicable à un contrat de travail ou à un contrat conclu par un consommateur est toujours et seulement la loi de la protection minimale »¹⁰⁰, renvoyant à travers cette dernière expression aux lois objectivement applicables¹⁰¹. Il exclut en revanche toute qualification de *lex contractus* de la loi choisie par

⁹⁹ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats, Étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 590 ; 612 et s.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 588.

¹⁰¹ L'auteur explique cette solution par sa conception objectiviste du principe d'autonomie de la volonté qui transparait au regard de l'assimilation qu'il fait de la liberté accordée aux parties dans le cadre des articles 5 et 6 de la Convention de Rome à une simple liberté contractuelle. Analysant l'arrêt rendu le 25 janvier 1984 par la chambre sociale de la Cour de cassation, il affirme, dans le cadre d'un contentieux relatif au contrat de travail, que l'application de la loi française, plus favorable et choisie par les parties découle de la seule circonstance que la loi objectivement applicable, véritable *lex contractus*, autorise « qu'il fut dérogé à ses dispositions dans un sens plus favorable au salarié ».

les parties dont les stipulations ne peuvent être qu'incorporées matériellement au contrat. La loi choisie ne vaudra que comme simple stipulation contractuelle au même titre que les autres clauses du contrat.

L'application de cette analyse à l'autonomie *in favorem* conduit à remplacer la faculté de choix de loi des parties en l'exercice d'une simple liberté contractuelle enserrée dans les limites que lui assigne la seule et unique *lex contractus*, à savoir, la loi objectivement applicable. L'autonomie implique une liberté pour les parties se limitant à celle de fixer librement leurs droits et obligations et prend ainsi la forme d'une autonomie matérielle restreinte à la même liberté que celle dont les parties disposent dans le cadre d'un contrat interne.

Cette analyse de l'autonomie *in favorem* ne pouvait être défendue que sous l'empire de la seule Convention de Rome. En effet, on comprend que d'aucuns aient pu s'orienter vers cette voie, dans la mesure où les articles 5 et 6 de cette Convention n'utilisaient le verbe « régir » que pour décrire le rôle accordé à la loi objectivement applicable tout en se contentant de préciser que le choix des parties ne pouvait priver la partie faible de la protection mise en place par cette dernière. Avec l'adoption du règlement Rome I, la thèse d'une loi choisie par les parties simplement incorporée matériellement au contrat est plus difficile à soutenir dans la mesure où la formulation a quelque peu évolué prévoyant que le choix doit s'effectuer conformément à l'article 3 et que le contrat est « régi » par la loi choisie par les parties¹⁰². En effet, ce verbe traduit la position souveraine de la loi face au contrat et s'inscrit en faux par rapport à la conception d'une loi choisie réduite à une simple stipulation contractuelle¹⁰³.

P. Lagarde adresse quant à lui, une critique beaucoup plus sérieuse à cette analyse. Une incohérence découle en effet de l'assimilation de l'autonomie accordée aux parties à une simple liberté contractuelle qui a pour conséquence qu'une éventuelle loi choisie par les parties pourra être incorporée matériellement au contrat dans le seul cas où la *lex contractus* autorise les parties à aménager leurs droits et obligations comme bon leur semble. En effet, dans le cas où la *lex contractus* « ne souffre aucune dérogation ¹⁰⁴», un choix de loi des parties serait exclu, même simplement matériel alors pourtant que la loi choisie serait plus favorable. C'est ce problème du « conflit entre une disposition impérative restrictive de la loi de la protection

¹⁰² P. Rodière et E. Pataut, « Conflits de lois en droit du travail », in *Encyclopédie du Jurisclasseur : Droit international*, Lexis Nexis, 2008, fasc. 573-10, p. 10.

¹⁰³ Même si nous avons vu qu'il ne fallait pas déduire pour autant de la référence à l'article 3, une transposition autonome du principe d'autonomie conflictuelle que celui-ci consacre au mécanisme de l'autonomie *in favorem*.

¹⁰⁴ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats. Étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 591.

minimale et une disposition plus favorable de la loi choisie par les parties » que dénonce P. Lagarde car le mécanisme d'autonomie *in favorem* ne contient aucunement une telle restriction à la faculté de choix des parties. La loi choisie par les parties devrait pouvoir écarter les dispositions impératives de la loi de proximité moins protectrice.

Pour sauver son interprétation, V. Heuzé doit recourir à la notion de lois de police alors pourtant qu'il refuse quelques lignes plus tôt, dans son exposé, une analyse systématique en ces termes des articles 5 et 6 de la Convention de Rome¹⁰⁵. Il fait intervenir la loi objectivement applicable au titre de loi de police disposant ainsi d'un titre plus fort à s'appliquer que la loi choisie. Mais il précise que dans le cas où cette loi choisie serait plus favorable, l'application de la loi du lieu d'exécution du travail ou du lieu de résidence habituelle du consommateur en tant que loi de police est en quelque sorte tempérée par l'ordre public international sanctionnant un principe de protection des parties faibles. Mais P. Lagarde souligne qu'il s'agit là d'une « démonstration difficile » et nous ne pouvons que nous ranger à cet avis.

Plus encore, J.-M. Jacquet¹⁰⁶ considèrerait lui aussi ce problème du conflit entre une disposition plus favorable de la loi choisie et une disposition plus restrictive de la loi objectivement applicable lorsque cette loi dite de proximité doit « souffrir l'intrusion » de la loi d'autonomie, comme un obstacle insurmontable. Il condamne notamment le fait que la protection mise en place par le mécanisme de l'autonomie *in favorem* devienne « minimale ».

2.1.2. Les analyses refusant de trancher de manière ferme la question de la détermination de la *lex contractus*

Certaines analyses doctrinales de l'autonomie *in favorem* se refusent à trancher de façon systématique la question de la détermination de la *lex contractus* en faveur de l'une ou l'autre des lois en présence.

Ces analyses s'articulent autour de l'idée que la loi d'autonomie dispose elle aussi d'un titre à s'appliquer en tant que *lex contractus* que ce soit au même titre que la loi de proximité ou dans une moindre mesure. Cette analyse peut en effet prendre deux figures distinctes : celle d'une compétence législative alternative des deux lois et celle d'une compétence législative concurrente des deux lois. Tandis que la première est critiquable en considération de la

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 630, p. 592.

¹⁰⁶ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP 1993-1995*, p. 23 et s., spec. p. 30.

justification qui lui est apportée, la seconde l'est en raison des incertitudes qui naissent lors de sa mise en pratique.

Une compétence législative alternative. Précédemment, nous avons vu que J.-M. Jacquet et M.-A. Moreau-Bourlès se sont accordés pour considérer que la loi choisie par les parties pouvait accéder au rang de *lex contractus* lorsqu'elle est plus favorable à la partie faible que la loi applicable à défaut de choix. Cet alignement de la fonction protectrice en droit matériel et en droit international privé donne naissance à une règle de conflit à caractère substantiel ou à coloration matérielle.

P. M. Patocchi¹⁰⁷ explique que la caractéristique de ces règles de conflit est qu'elles déterminent la loi applicable selon un critère matériel et considère que, dans le cadre des règles de conflit spéciales, ce critère se matérialise par le principe de faveur à la partie faible puisque c'est lui qui permet d'établir dans quelle mesure la loi choisie pourra s'appliquer¹⁰⁸. V. Heuzé quant à lui nuancait ce propos en qualifiant ces règles de conflit spéciales de règles de conflit « partiellement substantielles ». Selon lui, la distinction doit en effet être faite entre la compétence de principe accordée à la loi objectivement applicable intervenant indépendamment de toute considération matérielle et la compétence subsidiaire de la loi d'autonomie intervenant à condition que le critère matériel de faveur soit rempli. Néanmoins, il se dégage de leurs écrits que la qualification de règle de conflit à caractère substantiel implique un raisonnement sur le plan du conflit de lois avec pour but, la désignation de la *lex contractus* régissant le contrat. De cette considération découle la conséquence que « la loi élue et la loi normalement applicable doivent être placées sur le même plan : le choix des parties doit pouvoir s'entendre comme un choix conflictuel ¹⁰⁹», l'autonomie des parties n'étant pas seulement matérielle.

Toutefois, des éléments font douter de la pertinence d'une assimilation des articles 6 et 8 du règlement Rome I en règles de conflit à rattachement substantiel. En effet, P. M. Patocchi énonce parmi les caractéristiques de ce type de règles, la nécessaire primauté du critère matériel

¹⁰⁷ P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, p. 149-150.

¹⁰⁸ À cet égard, il souligne que l'article 3 de la Convention de Rome n'est pas une règle de conflit à rattachement substantiel en l'absence de toute visée matérielle prédéterminée, les parties choisissant la loi selon leurs propres intérêts variables de l'une à l'autre. En revanche, les règles de conflit spéciales subordonnent bien l'application de la loi choisie à un critère matérielle précis, la faveur au consommateur ou au travailleur.

¹⁰⁹ J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p. 167.

sur les considérations de localisation¹¹⁰. Concernant les articles 6 et 8 du Règlement Rome I, un doute surgit quant à la primauté du critère matériel sur les considérations localisatrices dès lors que, dans le cadre des règles de conflit spéciales, le critère matériel, c'est-à-dire la faveur au salarié ou au consommateur, est placé dans la dépendance du critère localisateur, la faveur s'appréciant en effet à l'aune de la protection mise en place par les « lois de proximité¹¹¹ », ces lois ayant été érigées au titre de rattachement en raison des liens particulièrement étroits qu'elles entretiennent avec la situation.

On peut à tout le moins se tourner vers une analyse consacrant une simple assimilation partielle à cette configuration des règles de conflit spéciales. En effet, en permettant à la loi choisie par les parties de subtiliser le statut de *lex contractus* à la loi objectivement applicable chaque fois qu'elle est plus favorable, le mécanisme fait apparaître une substantialité en demi-teinte ou partielle en ce sens qu'elle n'est « patente¹¹² » qu'en présence d'un choix de loi effectué par les parties pour régir le contrat. À l'inverse, en l'absence de choix, la détermination de la loi applicable passe par la mise en œuvre du rattachement objectif inspiré par des seules considérations localisatrices, le critère matériel n'ayant pas ici vocation à intervenir.

Mais V. Heuzé soulignait lui-même les limites de cette analyse dont on peut « se persuader de l'inexactitude »¹¹³. Après l'avoir présentée, il la rejette au motif que cette interprétation ne parvient à décrire fidèlement le fonctionnement du mécanisme de l'autonomie *in favorem* que dans un seul cas. Cette hypothèse est celle où la loi de proximité ne souffre aucune dérogation et pour laquelle, la compétence de la loi d'autonomie ne pourra découler que d'un rôle direct accordé aux parties dans la résolution du conflit de lois sans pouvoir se contenter de l'assimiler à l'exercice de la liberté contractuelle conférée par la loi objectivement applicable. Pourtant, son propos est très vite nuancé par l'auteur qui va s'attacher à démontrer que si « une telle qualification peut sembler, *a priori*, inéluctable » dans ce cas de figure, elle ne résiste pas à une analyse poussée. En effet, sa pensée tranche en cas de conflit entre une disposition plus favorable de la loi choisie et une disposition plus restrictive de la loi de proximité, en faveur de l'application de cette dernière au titre de loi de police finalement écartée

¹¹⁰ P. M Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1985, p. 149-150.

¹¹¹ Selon l'expression de J.-M. Jacquet (voy. « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr DIP 1993/1995*, p. 23 et s.).

¹¹² J. Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, p.176.

¹¹³ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats : étude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, p. 589.

par le juge car incompatible avec l'ordre public international instituant une protection de la partie faible.

Quoi qu'il en soit, ériger les règles de conflit spéciales en règles de conflit à caractère substantiel ou partiellement substantiel ne parvient pas à expliquer le rôle que vient jouer la loi objectivement applicable comme limite au choix des parties. Si la référence à la faveur peut certes justifier que la partie faible ne puisse être privée d'une certaine protection, elle ne légitime en aucun cas l'encadrement de cette protection par la loi de proximité.

Une compétence législative cumulative. Face aux difficultés engendrées par la détermination de la *lex contractus* dans le cadre du système institué par l'autonomie *in favorem*, une partie de la doctrine a décidé de contourner cet obstacle en considérant que l'auteur des règles de conflit spéciales s'était en réalité refusé à trancher la question de la compétence législative. Il en résulterait que la loi choisie et la loi objectivement applicable seraient cumulativement compétentes, chacune d'entre elles disposant d'un titre à s'appliquer au contrat. Le régime juridique de l'opération contractuelle des parties serait alors construit par emprunt à l'une et à l'autre de ces deux lois. J.-M. Jacquet a désigné ce système comme étant celui de la « protection maximale » car, inspiré par une idée de faveur à la partie faible, il permet d'aboutir à ce que « les dispositions les plus favorables de l'une ou de l'autre »¹¹⁴ des lois soient systématiquement préférées¹¹⁵. En réalité, si nombre d'auteurs s'y réfèrent, la démarche a essentiellement pour but de mettre en avant les réticences dont ils font preuve à son égard en raison de son incompatibilité avec la philosophie du mécanisme institué par l'autonomie *in favorem*.

Selon P. Mayer tout d'abord, l'expression protection maximale « entraîne une confusion entre les notions de faveur et de protection »¹¹⁶ alors que l'objectif de l'autonomie *in favorem* est seulement de protéger la partie faible contre le choix d'une loi volontairement peu sensible aux intérêts du consommateur ou du travailleur. F. Jault Seseke¹¹⁷ se rallie à cette objection en soulignant que le mécanisme ne permettrait alors plus seulement d'assurer un seuil de

¹¹⁴ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr DIP* 1993/1995, p. 23 et s., spec. p. 31.

¹¹⁵ Symeon C. Symeonides envisage également qu'une telle interprétation puisse être donnée aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I : « *these articles essentially allow for the possibility of double protection, that is, under the chosen law and the lex causae. The consumer can enjoy the protection of both law for different aspects of the contract* ».

¹¹⁶ Pierre Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 529.

¹¹⁷ Cass. Soc., 12 novembre 2002, Note F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

protection minimal aux parties faibles mais leur permettrait de tirer véritablement avantage du caractère international de leur opération contractuelle du fait qu'elles peuvent alors cumuler les protections prévues par deux lois distinctes, là où en droit interne, elles ne peuvent bénéficier que de l'application du droit national. On peut ainsi se demander, à l'instar de P. Mayer, « pourquoi la partie faible liée par un contrat international serait-elle systématiquement mieux traitée que si elle avait conclu un contrat interne ? »¹¹⁸. Quant à J.-M Jacquet¹¹⁹, il a, selon nous, soulevé une critique dont la théorie de la compétence législative cumulative en montrant du doigt les difficultés suscitées par la mise en pratique de celle-ci : il relève qu'il n'y a plus « à proprement parler de loi du contrat »¹²⁰.

L'arrêt *Briand* rendu par la Cour de cassation le 12 novembre 2002, cité précédemment¹²¹ semble constituer une illustration jurisprudentielle de l'application de ce système dit de la protection maximale. La juridiction suprême s'était prononcée en faveur d'une comparaison globale des deux lois en présence, à savoir la loi autrichienne choisie comme applicable au contrat et la loi française du lieu d'exécution du travail. De cette comparaison, la chambre sociale en a déduit que les mesures protectrices prévues par la loi française en cas de licenciement prévoyant un entretien préalable à celui-ci mais aussi une proposition de conversion n'avaient pas d'équivalent en droit autrichien ce qui rendait la loi française nécessairement plus protectrice sur ces points lui donnant ainsi un titre à s'appliquer. En revanche, elle considère que la loi autrichienne se montre plus favorable s'agissant du montant de l'indemnité de licenciement que la loi française volant à cette dernière, sur ce point, son titre à s'appliquer. Au regard de cette solution, F. Jault Seseke¹²² constate que c'est finalement chaque règle précise qui a fait l'objet d'une comparaison plutôt que l'ensemble du système de licenciement prévu par chacune de ces deux lois au point que cette comparaison qui se voulait globale devient analytique.

Cette solution se montre particulièrement favorable au salarié puisqu'elle lui assure à la fois le bénéfice des dommages et intérêts prévus par le droit français en raison du manquement aux obligations prévues par celui-ci (entretiens préalable et proposition de conversion) mais lui

¹¹⁸ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 529.

¹¹⁹ J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr DIP* 1993/1995, p. 23 et s., spec. p. 31.

¹²⁰ *Ibid.* p. 31.

¹²¹ Cass. Soc., 12 nov. 2002, Note F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.

¹²² *Ibid.*

assure aussi cumulativement le bénéfice de l'indemnité de licenciement prévue par le droit autrichien. La chambre sociale construit ici un régime juridique applicable au contrat qui n'est ni celui de la loi applicable à défaut de choix ni celui prévu par la loi choisie en piochant dans chacune de ces deux lois pour combiner des dispositions n'ayant jamais été pensées ou réfléchies en contemplant les unes par rapport aux autres par aucun législateur.

L'application du système de la protection maximale se traduit donc par une forme de dépeçage, or, de la forme que prend le dépeçage peut se déduire la forme que prendra l'autonomie accordée aux parties. En effet, l'autonomie conflictuelle ne tolère qu'un dépeçage bridé ou dépeçage du contrat portant sur des éléments suffisamment homogènes et distincts les uns des autres au sein de ce contrat pour pouvoir être soumis à des lois différentes sans perdre de vue « une certaine globalité »¹²³ de l'opération contractuelle. En revanche, si le dépeçage devient un dépeçage du droit basculant ainsi vers une forme débridée, la liberté accordée aux parties prend la forme d'une autonomie matérielle intégrale. Ainsi F. Leclerc considérait que « le dépeçage occasionné par la règle de conflit protectrice ne saurait (...) mener à un pointillisme juridique par une exacerbation de la méthode analytique »¹²⁴. Mais ses mises en garde ne semblent pas avoir été prises en compte par la chambre sociale dans l'arrêt *Briand*, le dépeçage ainsi consacré tenant « plus du patchwork que du bel ouvrage »¹²⁵.

Si le résultat auquel aboutit ce système est donc manifestement incompatible avec une forme d'autonomie conflictuelle, un doute naît également quant à sa compatibilité avec une forme d'autonomie intégrale. Il faut en effet noter que c'est le juge qui procède ici au dépeçage alors que ce pouvoir revient normalement aux parties lorsqu'elles bénéficient d'une autonomie matérielle intégrale. En plus d'une relative imprévisibilité du régime juridique applicable à leur contrat qui en résulte pour les parties, P. Mayer résume notre démonstration en adressant trois critiques d'ordre pratique à ce système : il « complique la tâche du juge, contraint à chaque occasion de comparer plusieurs règles dont le nombre peut être grand » et enfin « dépèce de façon excessive le contrat »¹²⁶.

¹²³ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : études de conflit de lois*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 717.

¹²⁴ *Ibid.* p. 717.

¹²⁵ F. Jault-Seseke, « Application de la loi française à un contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 446 et s.

¹²⁶ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges* Paris, LGDJ, 1996, p. 529.

2.2. *L'hypothèse d'une autonomie conflictuelle tempérée par une autonomie matérielle*

La Convention de Rome et le règlement Rome I ne sont pas les seuls instruments à consacrer le principe d'autonomie des parties. En 2015, ont été élaborés par une commission d'experts, les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dont le but est de « promouvoir »¹²⁷ cette autonomie. Pascal de Vareilles-Sommières, analysant l'autonomie accordée aux parties par ces principes de La Haye, évoque plusieurs hypothèses. L'une d'entre elles retient particulièrement notre attention dans la mesure où elle paraît parvenir à décrire le mécanisme de l'autonomie *in favorem* alors même que les principes ne s'appliquent pas aux contrats de consommation et de travail internationaux¹²⁸. En réalité, cette théorie contient deux sous-hypothèses : premièrement, celle d'une exclusion de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie restreinte (2.2.1.) et deuxièmement, celle d'une autonomie conflictuelle remplacée par l'autonomie restreinte (2.2.2.).

2.2.1. Exclusion de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie restreinte

Cette première sous-hypothèse décrit les conséquences de la transposition d'une analyse en termes de lois de police au fonctionnement des articles 6 et 8 du règlement Rome I ou 5 et 6 de la Convention de Rome sur l'étendue de l'autonomie accordée aux parties à un contrat international de consommation ou de travail. La première partie de notre étude s'est intéressée au caractère impératif que prenait le facteur de rattachement dans le cas où la loi désignée par celui-ci serait applicable au titre de loi de police excluant de ce fait, toute forme d'autonomie conflictuelle. En effet, si l'application de ces dernières ne peut résulter que d'un facteur de rattachement se posant comme indérogeable pour les parties, celles-ci ne disposent plus d'une faculté de choix de la loi applicable à leur contrat. En revanche, une fois fait le constat de l'exclusion de l'autonomie conflictuelle par les lois de police, il faut en tirer des conséquences quant à la forme de l'autonomie alors dévolue aux parties.

Analyse en termes de lois de police, l'autonomie restreinte. De la transposition de l'analyse en termes de lois de police au fonctionnement des articles consacrant une forme d'autonomie *in favorem* découle que la limite posée au choix des parties prévoyant que celui-ci ne saurait priver la partie faible de la protection prévue par la loi objectivement applicable, serait respectée en toutes circonstances par l'application de cette loi en tant que loi

¹²⁷ S. C. Symeonides, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 807 et s.

¹²⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016.

internationalement impérative. Plus qu'une protection des parties, ce qui serait alors assuré est l'application systématique de la loi objectivement applicable au détriment de la loi d'autonomie alors que cette dernière pourrait se montrer plus favorable au consommateur ou au travailleur. Il en découle une exclusion de l'autonomie conflictuelle, la loi ayant obtenu les faveurs des parties ne pouvant plus espérer se voir attribuer le statut de *lex contractus*.

La seule véritable autonomie dont disposeront les parties sera celle que leur accorde la loi de police, or, s'agissant d'une liberté des parties qui ne peut s'exercer que dans le cadre des limites fixées par la loi objectivement applicable, on parle volontiers d'autonomie restreinte en ce sens que la seule autonomie dont bénéficient les parties est celle dont elles disposent dans le cadre d'un contrat interne. M.-A. Moreau-Bourlès constatait alors un effet peu compatible avec le mécanisme de l'autonomie *in favorem*. En effet, si la loi de police se pose comme ne souffrant aucune dérogation, la compétence de cette loi « emporte non plus un minimum de protection mais un maximum »¹²⁹. V. Heuzé quant à lui soulignait très vite une contradiction tenant au fait que la « soumission effective et définitive »¹³⁰ du contrat à la loi objectivement applicable devenue loi de police, prive totalement d'utilité la consécration du principe d'autonomie de la volonté figurant quelques lignes plus bas ou plus haut dans ces articles.

Pour faire face à ces difficultés, les principaux tenants d'une analyse en termes de lois de police, P. Mayer¹³¹ et J.-M. Jacquet¹³², s'accordent pour subordonner cette interprétation au caractère plus favorable pour le travailleur ou le consommateur de la loi objectivement applicable comme loi de police. Animée par un but ou une politique¹³³ de protection des parties faibles, celle-ci serait amenée à refuser son application après constat du caractère plus favorable de la loi choisie par les parties afin de ne pas priver les bénéficiaires de la protection d'avantages qu'ils pourraient retirer de l'application de la loi d'autonomie. L'autonomie conflictuelle ne serait alors exclue que partiellement par les lois de police et non plus systématiquement.

Pourtant, ces interprétations ne parviennent pas à dépasser certains obstacles découlant du fonctionnement général du mécanisme des lois de police. P. Mayer lui-même souligne la

¹²⁹ M.-A. Moreau-Bourlès, « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », in *Droit social*, 1986, p. 23 et s.

¹³⁰ V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats, Etude critique des méthodes*, thèse Paris I, 1988, § 630, p. 592.

¹³¹ P. Mayer, La protection de la partie faible en droit international privé, in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 531.

¹³² J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, § 451 et 452, p. 293.

¹³³ Expression employée par P. de Vareilles-Sommières (voy. « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p.46 et s.).

faiblesse d'une application de la loi de police conditionnée à son caractère plus favorable en raison de la comparaison poussée des deux lois qu'elle implique, susceptible de « bouleverser l'économie du contrat si l'on y procédait point par point »¹³⁴.

Des défaillances de l'analyse en termes de lois de police. Au-delà du fait qu'elles négligent la distinction clairement établie par le Règlement Rome I entre les lois de police et les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord, ces analyses voyant dans l'autonomie *in favorem*, un mécanisme érigeant la loi objectivement applicable au rang de loi d'application immédiate dans un but de protection des parties faibles, semble incompatible avec les modalités générales de fonctionnement du mécanisme des lois de police.

En effet, selon le dernier état du droit positif, contenu à l'article 9§3 du règlement Rome I, l'application de lois de police étrangères par le juge du for est limitée à un double titre. Tout d'abord, il ne peut s'agir que des lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat ont été ou doivent être exécutées. Ensuite, il faut nécessairement que celles-ci aient pour effet de rendre l'exécution du contrat irrégulière. Une transposition de cette limite pourrait être envisageable s'agissant de l'article 8 relatif au contrat de travail dans la mesure où la loi d'exécution du travail, loi objectivement applicable, correspond généralement à celle du lieu d'exécution du contrat. En revanche, il est particulièrement malaisé de transposer ces exigences aux articles traitant des contrats de consommation dès lors que le constat est fait de l'absence d'assimilation systématique de la loi objectivement applicable, à savoir, celle du pays de résidence habituelle du consommateur, avec celle du lieu d'exécution des obligations du contrat de consommation. Cette particularité n'est pas négligeable dans la mesure où cette loi ne sera pas obligatoirement celle du juge du for.

Mais les divergences de fonctionnement entre les articles 6 et 8 du Règlement Rome I et le mécanisme général des lois de police ne s'arrêtent pas là. L'article 9 §3 prévoit également que l'application des lois de police étrangères par le juge est facultative tandis que celui-ci ne semble pas disposer de marge de manœuvre face à une loi de police du for voulant s'appliquer. À ce propos, il est important de noter qu'un alignement de la compétence législative et de la compétence judiciaire ne sera pas toujours de mise rendant ainsi facultative pour le juge saisi du contentieux relatif à un contrat de consommation ou de travail, l'application de la loi objectivement applicable comme loi de police étrangère. Surgit alors la difficulté de savoir

¹³⁴ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 531.

comment concilier cette liberté d'appréciation accordée au juge, même lorsque la loi objectivement applicable est plus favorable à la partie faible, avec l'obligation faite au juge dans le cadre des articles 6 et 8 du règlement Rome I d'appliquer les dispositions plus protectrices de cette loi.

À ce propos, Pascal de Vareilles-Sommières soulignait, dans son analyse des principes de La Haye, que cette faculté ne concerne pas uniquement les lois de police étrangères si l'on prend en considération le fait que la loi de police du for devient une loi de police étrangère dès lors que le contentieux est porté devant un autre juge que celui de l'État dans lequel cette loi est en vigueur¹³⁵. Selon lui, le résultat de cette faculté d'application étendue à l'ensemble des lois de police est que l'autonomie restreinte initialement mise en place par celles-ci ne sera pas nécessairement garantie. En effet, si le juge saisi décide de ne pas appliquer la loi de police du for devenue loi de police étrangère en raison d'une éventuelle clause attributive de juridiction, le choix de loi des parties pourra demeurer efficace avec résurgence corrélative d'une autonomie conflictuelle.

Face à ces incohérences, il pourrait certes être opposé que l'autonomie *in favorem* requiert un mécanisme spécifique s'agissant des lois de police distinct de celui de l'article 9. Tel est justement l'objet de la théorie des « clauses spéciales d'application des lois de police »¹³⁶, théorie reliant l'article 5 et l'article 7 « en voyant dans le premier une règle spéciale dérogeant à celle, générale, posée par le second »¹³⁷. Mais force est de constater que le mécanisme général recèle déjà de profondes incertitudes et que, développer une solution particulière pour tenter de contourner les insuffisances de la solution générale à expliquer le résultat recherché ne nous paraît pas souhaitable. Ensuite, Pascal de Vareilles-Sommières fait notamment remarquer qu'une telle interprétation réduit l'étendue de la protection accordée au consommateur¹³⁸. En effet si l'article 5 se présente comme un mécanisme de lois de police dérogatoire à celui de l'article 7, dans les cas où les conditions d'application du premier ne seraient pas remplies, le consommateur n'aurait pas la possibilité d'invoquer l'application de

¹³⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 11. Il précise que ce phénomène renvoie à la notion de lois d'application semi-nécessaires développée par L. Radicati Di Brozolo (voy. « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », *Rev. Crit. DIP*, 2003 p. 3).

¹³⁶ Expression développée par P. Lagarde qui qualifie comme tel l'article 5 de la Convention de Rome (voy. « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. Crit. DIP*, p. 287, spec., p. 316, n° 76).

¹³⁷ P. de Vareilles-Sommières, « Le sort des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2464.

¹³⁸ *Ibid.*

la loi de sa résidence habituelle sur le fondement de l'article 7. Il se retrouve ainsi privé de la « soupape de sécurité »¹³⁹ que constitue cet article 7 de la Convention de Rome. D'ailleurs, cette interprétation a été rejetée par la Cour de cassation dans une décision du 23 mai 2006¹⁴⁰.

2.2.2. Remplacement de l'autonomie conflictuelle par l'autonomie matérielle

Cette illustration, toujours contenue dans les principes de La Haye, se détache cette fois des lois d'application immédiate tout en se rapprochant d'un autre mécanisme traditionnel du droit international privé, celui de l'ordre public international. Si la distance prise avec les lois de police doit être accueillie avec faveur, il faut également refuser l'assimilation pure et simple à l'ordre public international et regretter que cette seconde hypothèse aboutisse au même résultat que la première.

L'illustration de l'article 11 § 4 des Principes de La Haye. L'interprétation de l'autonomie *in favorem* comme un mécanisme intégrant dans son fonctionnement l'ordre public international entendu traditionnellement au sens du droit international privé impliquerait du juge une vérification du contenu de la loi choisie par les parties afin de l'appliquer ou de l'écarter selon que celle-ci porte ou non atteinte au seuil de protection voulu par la loi objectivement applicable. La protection des parties faibles constituerait donc un fond de *summum jus* au-delà duquel la loi d'autonomie ne pourrait aller sous peine d'être évincée. Cette analyse a été réfutée notamment par F. Pocar en raison du fait que l'exception d'ordre public est en principe mise en œuvre par le juge pour protéger l'ordre public international de son for à l'exclusion de ceux de pays étrangers¹⁴¹. Or, lorsque le juge saisi d'un contentieux relatif à un contrat international de travail ou de consommation écarte la loi choisie par les parties, c'est en considération de sa contrariété à la loi objectivement applicable, que celle-ci soit la loi du for ou une loi étrangère, mettant ainsi, dans cette dernière circonstance, sa protection au service d'un ordre public étranger.

Force est donc de constater que le mécanisme mis en place aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I ne passe pas par une exception classique d'ordre public international. Si celle-ci est la seule envisagée par le Règlement Rome I, les principes de La Haye mettent en

¹³⁹ A. Sinay-Cytermann, « La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 737 et s.

¹⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, n° 03-15.637 (voy. notamment P. de Vareilles-Sommières, « Le sort des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2464).

¹⁴¹ F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1984, t.188, p. 249 - 417.

place un mécanisme d'ordre public renouvelé¹⁴² offrant une nouvelle base de réflexion pour l'analyse du fonctionnement de l'autonomie *in favorem*.

En effet, ce mécanisme prévu à l'article 11 § 4 des Principes de La Haye, dispose que « la loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération l'ordre public de l'État dont la loi serait applicable à défaut de choix ». À la différence de l'exception d'ordre public classique, il se présente donc comme un instrument pouvant expliquer la prise en considération de la loi objectivement applicable dans le mécanisme de l'autonomie *in favorem* puisqu'il tend à affirmer l'autorité de l'ordre public de celle-ci face à la loi d'autonomie. Ce que vient affirmer cet article est qu'un ordre public étranger peut mériter d'être protégé par un juge autant que l'ordre public international du for.

Une autre particularité de cet instrument propre aux principes de La Haye constitue un signal fort en faveur d'une transposition de celui-ci aux articles 6 et 8 consacrant une forme d'autonomie *in favorem*. Cet élément réside dans le contenu de l'ordre public qui est visé par le mécanisme : celui-ci ne comprend plus uniquement les principes fondamentaux qui constituent le *summum jus* de l'ordre public international du for, il s'étend en effet à l'ensemble des dispositions d'ordre public de la loi objectivement applicable incluant de ce fait toutes les dispositions impératives internes de cette loi. Cet instrument permet donc de prendre en considération la clarification apportée par le règlement Rome I quant à l'impérativité des règles de la loi objectivement applicable. Cette impérativité est une impérativité interne et non internationale. Cependant, une analyse plus poussée de la transposition de celui-ci au fonctionnement de l'autonomie *in favorem* fait ressurgir malgré tout quelques difficultés.

Critique de la transposition du mécanisme d'ordre public renouvelé aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I. L'article 11 § 4 des Principes de La Haye renvoie à la « loi du for » le soin de déterminer si le juge peut ou doit prendre en considération l'ordre public de la loi applicable à défaut de choix. Une ambiguïté naît de la référence à cette loi, l'identification des règles couvertes par celle-ci n'étant pas à première vue particulièrement évidente. La clarification apportée à l'article 11. 29 du commentaire officiel des Principes de La Haye est bienvenue dès lors qu'est précisé que sont notamment visées par cette expression « les règles de droit international privé du for ». Prenant le parti que l'ensemble des règles de droit international privé du for sont englobées, qu'elles soient d'origine nationale ou supranationale, les règles de conflit prévues aux articles 6 et 8 du Règlement Rome I pourraient alors obtenir

¹⁴² P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 11-13.

le statut de « loi du for » dès lors que le juge d'un État membre de l'Union européenne serait saisi par les parties.

Mais la transposition de ce mécanisme d'ordre public renouvelé au fonctionnement de l'autonomie *in favorem* n'est pas sans conséquence sur l'étendue de l'autonomie dont bénéficient les parties à un contrat de consommation ou de travail international. Rappelons tout d'abord que « la loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit prendre en considération » l'ordre public de la loi objectivement applicable. Or, dans le cadre de l'autonomie *in favorem*, les règles de conflit des articles 6 et 8 du Règlement Rome I ne laissent a priori aucune marge d'appréciation au juge quant à l'opportunité d'appliquer les règles d'ordre public interne des lois du lieu d'exécution du travail et du lieu de résidence habituelle du consommateur, lois applicables à défaut de choix. En effet, celles-ci prévoient que le choix de loi fait par les parties, ne peut priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord de la loi objectivement applicable. Ce mécanisme visant à assurer l'autorité de l'ordre public de la loi objectivement applicable face à la loi choisie par les parties, implique que la mise en œuvre par le juge du mécanisme institué par l'article 11 § 4 aboutit à conférer systématiquement le statut de *lex contractus* à la loi de proximité au détriment de la loi choisie en raison du fait que les règles impératives internes de la loi objectivement applicable sont érigées comme limites à la faculté de choix de loi par les parties. Il en résulte une transformation de l'autonomie *in favorem* en autonomie restreinte.

Serait alors remise en question l'affirmation du paragraphe 11.8 du commentaire officiel des Principes de La Haye selon lequel les dispositions prévues à l'article 11 définissent des « circonstances exceptionnelles dans lesquelles un tribunal étatique ou arbitral peut légitimement déroger au choix effectué par les parties »¹⁴³. En effet, le choix de loi des parties ne pourrait être efficace que dans le cas où le résultat concret auquel aboutit la loi d'autonomie est identique à celui auquel conduiraient les dispositions impératives de la loi objectivement applicable¹⁴⁴. À défaut, la loi choisie serait simplement incorporée matériellement au contrat comme simple stipulation contractuelle. Le principe d'autonomie se trouve alors dépourvu d'une quelconque utilité, les parties disposant d'une simple liberté contractuelle de telle sorte

¹⁴³ Texte des principes de La Haye sur le choix de loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, Conférence de La Haye, 19 mars 2015.

¹⁴⁴ On se rapproche de la critique que Symeon C. Symeonides formulait à propos du danger à ériger la loi objectivement applicable comme une limite au choix des parties : « *As one Court noted, « (t)he result would have the right to choose the application of another state's law only when that state's law is identical to the lex causae* ». *Such an approach would be ridiculous* ».

que la dérogation au choix des parties est loin d'intervenir dans des circonstances exceptionnelles.

À la restriction apportée à la faculté de choix de loi des parties s'ajoute le fait que ce mécanisme d'ordre public ne permet pas de prendre en considération le seuil minimum de protection mis en place par la loi objectivement applicable mais l'ensemble de ses dispositions impératives de droit interne, empêchant toute prise en considération d'un principe de faveur. En ce sens, même si le mécanisme tend selon nous à décrire plus fidèlement le fonctionnement de l'autonomie *in favorem* que les théories précédemment évoquées, il se disqualifie toutefois de par la limite instituée au choix des parties.

2.3. Dissipation de l'ambiguïté par la mobilisation de notions jusqu'ici inemployées

Deux critiques peuvent être adressées aux théories précédemment analysées. Premièrement, elles cherchent toutes à expliquer l'autonomie *in favorem* par la détermination de la *lex contractus* alors pourtant que P. Lagarde préconisait le « sacrifice »¹⁴⁵ de cette dernière lorsqu'il s'agit d'analyser les règles de conflit de lois relatives aux contrats de consommation et de travail internationaux. Sans aller jusqu'à affirmer que cette analyse devrait se passer de la moindre référence à la *lex contractus*, il serait préférable, plutôt que de chercher à expliquer le mécanisme de l'autonomie *in favorem* par la détermination préalable de la *lex contractus*, d'essayer au contraire de décrire le plus fidèlement possible ce mécanisme pour pouvoir ensuite en tirer des conséquences quant à la *lex contractus*. Cette étape visant à choisir qui d'entre la loi objectivement applicable ou la loi d'autonomie est celle qui régit le contrat ne constituerait plus que l'étape finale du raisonnement.

Ensuite, il est regrettable que la focalisation de ces analyses sur cette notion de *lex contractus* réduise l'autonomie *in favorem* à un simple choix en faveur de la compétence de la loi objectivement applicable ou de la loi choisie par les parties. Ces théories éludent de ce fait la véritable spécificité de l'autonomie *in favorem* dès lors qu'elles ne cherchent pas à expliquer le rôle particulier qui est attribué par les règles de conflit de lois du règlement Rome I en matière de contrat de travail et de consommation, aux lois objectivement applicables du pays du lieu d'exécution du travail ou du lieu de résidence du consommateur.

¹⁴⁵ P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83 et s., spec. p. 95.

Aucune d'entre elles n'a considéré que ce rôle particulier appelait de recourir à des notions jusqu'ici peu mobilisées, c'est pourtant ce que nous nous efforcerons de faire. Pour cela, nous nous intéresserons d'abord à la notion d'ordre public conflictuel (2.3.1.) avant de nous appesantir ensuite sur celle de *lex limitatis* (2.3.2.) développées par deux auteurs différents.

2.3.1. Le recours à la notion d'ordre public conflictuel

C'est Pascal de Vareilles-Sommières qui a mis en lumière la notion d'ordre public conflictuel. Constatant que l'autonomie matérielle dispose d'un ordre public qui lui est propre et qui n'est autre que celui de la loi régissant le contrat venant ainsi encadrer la liberté des parties, l'idée s'est fait jour d'un ordre public spécifique, cette fois, à l'autonomie conflictuelle. Ces autonomies étant distinctes à la fois quant à leur fonction, leurs effets mais aussi leur origine, ce nouvel ordre public se voulait nécessairement distinct de celui encadrant l'autonomie matérielle. Pourtant, ces deux ordres publics jouent le même rôle puisqu'ils constituent des garde-fous contre un exercice trop libéral ou exacerbé de l'autonomie par les parties. L'autonomie matérielle est en effet enserrée par l'ordre public de la loi désignée comme applicable au contrat, lui-même constitué des règles impératives de la *lex contractus*. Il se présente donc concrètement comme une limite à la faculté de fixation du régime substantiel du contrat accordée aux parties. À l'inverse, l'ordre public conflictuel se pose comme une limite à la fixation du régime conflictuel du contrat, c'est-à-dire à la faculté de choix de loi applicable par les parties. Plus précisément, il se définit comme « l'encadrement règlementaire s'imposant aux parties dans l'exercice de leur autonomie conflictuelle »¹⁴⁶. Cet encadrement implique par ailleurs que la sanction de la violation de la limite posée par la règle de droit international privé soit directement énoncée dans cette même règle.

Après avoir présenté l'ordre public matériel et l'ordre public conflictuel, il faut mettre en exergue une particularité de ce dernier. Comme son corollaire l'autonomie conflictuelle, il ne peut exister que face à un contrat international. Plus précisément, l'internationalité qu'il requiert pour son application est plus stricte que celle permettant de déclencher la mise en œuvre des règles de conflits. Si tous les contrats internationaux peuvent générer un conflit de lois, seuls ceux qui entretiennent des liens avec plus d'un seul État peuvent s'accompagner d'un rattachement autonomiste. Se dessine en creux la nécessité d'une internationalité objective ne

¹⁴⁶ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI*, 2016, p. 24.

résultant pas simplement de l'insertion clause attributive de juridiction ou d'une clause de choix de loi.

À titre d'exemple, une illustration de cet ordre public mentionnée par Pascal de Vareilles-Sommières prévue notamment par l'article 3 du Règlement Rome I consiste en l'encadrement de la possibilité de choix d'un droit non étatique par les parties¹⁴⁷. Cet article limite à ce titre un tel choix à une simple incorporation ou intégration par référence dans le contrat. Une autre illustration de limite apportée à l'autonomie conflictuelle des parties réside dans le mécanisme des lois de police dans la mesure où celles-ci ne peuvent plus déroger à l'application de ces lois par l'exercice de leur faculté de choix.

Après avoir défini et illustré l'ordre public conflictuel, il faut expliquer en quoi il peut servir à interpréter l'autonomie *in favorem*. Le rapprochement entre la notion d'ordre public conflictuel et cette forme particulière d'autonomie a déjà été effectué par Pascal de Vareilles-Sommières. Il considère en effet que l'article 8 du règlement Rome I « fixe un ordre public conflictuel limitant l'autonomie accordée aux parties à un contrat international de travail »¹⁴⁸. En effet, un examen du mécanisme mis en place à cet article permet de constater que tous les critères de définition présentés plus haut sont remplis.

Premièrement, les parties à des contrats de travail ou de consommation internationaux disposent d'une faculté de choix de la loi applicable à ce contrat accordée par les règles de conflit des articles 6 et 8 du règlement Rome I mais ces règles de conflit prévoient toutefois que ce choix ne peut avoir pour résultat de priver la partie faible de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi objectivement applicable. Cette formulation révèle bien une limite apportée à la fixation du régime conflictuel du contrat par les parties, caractéristique de l'ordre public conflictuel.

Ensuite, il est possible de déduire des articles 6 et 8 du règlement Rome I eux-mêmes, la sanction qui sera applicable en cas de violation de cette limite. Exercer leur faculté de choix en portant leur dévolu sur une loi moins protectrice de la partie faible que la loi objectivement applicable conduira à rendre ce choix, en général dicté par la partie en position dominante, inopposable au consommateur ou au travailleur. Comme le souligne Pascal de Vareilles-

¹⁴⁷ P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public », in T. Azzi et O. Boscovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun : Colloque du 14 mars 2014*, Bruylant, 2015, p. 174.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 177.

Sommières, « cette inopposabilité apparaît comme sanctionnant la contrariété de la clause de choix de loi à l'ordre public conflictuel mis en place par l'article 8 lui-même »¹⁴⁹.

Une fois ce rapprochement établi, il est toutefois nécessaire de se questionner plus avant sur ce qui est véritablement érigé en tant que limite à la faculté de choix des parties. Si les articles 6 et 8 se réfèrent à la loi objectivement applicable, il faut douter qu'elle puisse en tant que telle, dans sa globalité, constituer un garde-fou contre l'autonomie conflictuelle accordée aux parties. D'ailleurs, il faut se souvenir que les règles de conflit de ces articles rétrécissent le champ de la référence aux dispositions auxquelles on ne peut déroger par accord.

En déduire que les règles impératives de la loi objectivement applicable sont érigées au rang de limite à l'autonomie des parties par intégration dans l'ordre public conflictuel nous paraît être porteur d'une certaine ambiguïté. L'autonomie conflictuelle serait alors limitée par l'ordre public matériel, celui-là même qui limite en principe l'autonomie matérielle car l'auteur des règles de conflit aurait jugé qu'il dispose d'un titre à s'élever au rang d'ordre public conflictuel. On peut déjà souligner ici le rôle peu habituel que viennent jouer les limites de l'autonomie matérielle dès le stade du choix de loi. De plus, en pratique, ériger au titre d'ordre public conflictuel, les dispositions impératives de la loi de proximité, équivaut à rejeter le choix de loi dès lors qu'il déroge à celles-ci, la limite posée à l'autonomie conflictuelle aboutissant alors à la transformer en une forme d'autonomie matérielle restreinte.

Pour éviter ces écueils, il est préférable de transposer l'idée développée plus tôt dans notre étude selon laquelle ce qui est véritablement impératif n'est pas tant l'application des règles impératives de la loi de proximité mais le respect du seuil minimum de protection qu'elle met en place. Ce seuil de protection érigé au titre d'ordre public conflictuel permet de s'éloigner de toute résurgence d'ambiguïté entre les frontières d'une autonomie conflictuelle et d'une autonomie matérielle.

2.3.2. Analyse de la loi objectivement applicable en termes de *lex limitatis*

S.C. Symeonides définit la *lex limitatis* comme la loi de l'État « dont les restrictions serviront de modèle pour réguler l'autonomie de la volonté dans les contrats multiétatiques »¹⁵⁰ ou encore comme « *state's standards should be used as the measuring stick for determining the*

¹⁴⁹ P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public », in T. Azzi et O. Bosovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun : Colloque du 14 mars 2014*, Bruylant, 2015, p. 177.

¹⁵⁰ S. C. Symeonides, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 807 et s.

limits of party autonomy »¹⁵¹. Toutefois, le cercle des lois possiblement éligibles à cette fonction est limité, toujours selon cet auteur, à la *lex fori*, c'est-à-dire la loi du juge saisi du contentieux et à la *lex causae*, expression latine utilisée pour désigner la loi objectivement applicable. Il se plaît ainsi à ranger les pays dans des catégories distinctes suivant qu'ils confèrent traditionnellement ce rôle de *lex limitatis* à la première ou à la seconde. Plus encore, il existe selon lui une catégorie intermédiaire qui aboutit à voir dans la *lex limitatis*, une combinaison des standards de la *lex fori* et des standards d'une loi tierce entendue généralement comme la *lex causae*. Cette troisième catégorie intéresse particulièrement notre propos dans la mesure où il considère que « le modèle le plus répandu » en est l'autonomie *in favorem* avec pour standards à la fois l'ordre public et les lois de police de la *lex fori* mais également les dispositions impératives de la *lex causae* applicable à défaut de choix.

Il est intéressant de remarquer que Symeon C. Symeonides se préoccupe peu du mode d'application de la *lex limitatis* puisque celle-ci peut être à la fois une loi de police, plus particulièrement s'agissant de la *lex fori*, mais aussi une loi désignée comme applicable au contrat par une règle de conflit objective et tel est le cas de la *lex causae*. Ce rôle de limite à l'autonomie des parties ne requiert donc pas un niveau d'impérativité particulièrement élevé de la loi mais seulement un titre légitime à intervenir pour régler la volonté des parties dans les contrats internationaux.

Toutefois, l'auteur s'abstient de préciser la forme de l'autonomie à laquelle la *lex limitatis* entend apporter des limites. Il évoque tout au plus, une situation contractuelle internationale. Dans la mesure où il recourt à cette notion dans le cadre de son analyse sur les principes de La Haye, consacrant, comme nous l'avons vu précédemment, une autonomie conflictuelle à titre de principe, il faut considérer que c'est sur le terrain de cette autonomie qu'il a entendu se placer. C'est en tous cas le parti que nous prendrons pour réemployer cette notion dans le cadre de des articles 6 et 8 du règlement Rome I.

Symeon C. Symeonides se montrait circonspect face à une fonction de *lex limitatis* dévolue à une loi en tant que telle, y voyant un moyen de réduire considérablement l'autonomie des parties, celles-ci ne disposant que de la possibilité de choisir une loi en tout point identique à la *lex limitatis*¹⁵². C'est ainsi que selon lui, l'identification de cette dernière n'est qu'une

¹⁵¹ S. C. Symeonides, *Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis*, Oxford University press, 2014, p.147.

¹⁵² S. C. Symeonides, *Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis*, Oxford University press, 2014, p. 156.

L' AUTONOMIE *IN FAVOREM* : SIMPLE AUTONOMIE MATERIELLE OU VERITABLE AUTONOMIE
CONFLICTUELLE ?

première étape qui doit nécessairement être suivie d'une seconde étape : « *the next task (...) is to establish the threshold that the parties' choice must exceed before being held unforceable* »¹⁵³.

Le mot *threshold* peut être traduit par « seuil, niveau, limite ». Au sens où l'entend l'auteur, il traduit l'idée d'un maximum au-dessus duquel l'autonomie des parties ne pourrait se hisser sous peine de voir l'exercice de celle-ci remise en cause. Pour les besoins de notre analyse, il jouera le rôle d'un plancher, d'un seuil au-deçà duquel la protection accordée à la partie faible sera jugée insuffisante, rendant le choix de loi inopposable à celle-ci. Le *threshold* de la *lex limitis* devient alors, dans le cadre d'une autonomie *in favorem*, le seuil minimum de protection fixé par la loi objectivement applicable.

Par ailleurs, l'auteur des règles de conflit des articles 6 et 8 du règlement Rome I ayant pris soin de préciser ce seuil indérogable au sein même de ces règles, il en résulte que la loi objectivement applicable est érigée au rang de *lex limitatis* par une règle de droit international privé. Si l'on peut voir dans le seuil de protection prévu par la *lex limitatis*, une limite apportée à l'exercice de l'autonomie conflictuelle accordée aux parties mais plus encore, une limite fixée, ainsi que sa sanction par une règle de droit international privé telle qu'une règle de conflit, tous les critères sont réunis pour affirmer que cette figure rappelle en tous points l'ordre public conflictuel étudié précédemment.

En érigeant la *lex causae* en *lex limitatis*, l'ordre public conflictuel vient conditionner la possibilité d'un choix conflictuel et donc de voir le contrat régi par la loi choisie, au respect du seuil minimum de protection prévu par celle-ci. À défaut, le choix prendrait un simple tour matériel, inopposable aux parties faibles, la loi choisie étant simplement incorporée matériellement au contrat.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse, le mécanisme de l'autonomie *in favorem* est appréhendé comme consacrant une autonomie conflictuelle de principe accordée aux parties, enserrée toutefois dans les limites d'un ordre public conflictuel venant ériger le seuil minimum de protection prévu par la *lex causae* en *threshold* au-deçà duquel la loi choisie par les parties ne peut aller. Si la loi d'autonomie respecte ce seuil, elle deviendra alors automatiquement *lex contractus*, la loi objectivement applicable se contentant de jouer le rôle d'une *lex limitatis*. À

¹⁵³ S. C. Symeonides, *Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis*, Oxford University press, 2014, p. 155.

l'inverse, si la loi choisie prévoit un seuil de protection insuffisant, l'autonomie matérielle reprend ses droits, la *lex causae* retrouvant un titre à s'appliquer en tant que *lex contractus* tandis que la loi d'autonomie sera réduite à la valeur d'une simple stipulation contractuelle dont l'efficacité se verra subordonnée au respect des règles impératives de la *lex contractus*.

L'originalité de cette analyse réside dans la distinction qu'elle fait du contenu de l'ordre public conflictuel et de l'ordre public matériel avec cette idée que les limites qui enserrant l'autonomie conflictuelle et l'autonomie conflictuelle ne doivent pas être les mêmes pour une meilleure compréhension du mécanisme. La faculté de choix de loi doit ainsi être enserrée dans une limite plus distendue et plus globale que celle fixée à l'autonomie matérielle, à savoir les règles impératives de la loi applicable, afin d'éviter de retomber dans les travers d'une autonomie restreinte omniprésente et de permettre un véritable usage effectif de l'autonomie conflictuelle par les parties.

DU RAPPORT ENTRE LE DROIT ET LA VIOLENCE

De l'opposition à la construction réciproque : illustration par le droit international public

Alexis Bouillo*

Table des matières

INTRODUCTION	200
1. DU DROIT CONTRE LA VIOLENCE A LA VIOLENCE DU DROIT	201
1.1. LA POSITION CLASSIQUE : LE DROIT ANTINOMIQUE DE LA VIOLENCE	201
1.2. LA POSITION MARXISTE : LE DROIT COMME EXERCICE DE LA VIOLENCE	203
2. L'ADOPTION D'UNE POSITION INTERMEDIAIRE : LE DROIT COMME OUTIL DE DETERMINATION DE LA VIOLENCE	205
2.1. FONDEMENTS THEORIQUES : CONTEXTUALISME ET THEORIE REALISTE DE L'INTERPRETATION JURIDIQUE	206
2.1.1. <i>De l'indétermination du langage à la théorie réaliste de l'interprétation juridique</i>	206
2.1.2. <i>De l'importance du contexte interprétatif</i>	211
2.2. LA VIOLENCE ET LE DROIT, UN RAPPORT DE CONSTRUCTION RECIPROQUE	219
2.2.1. <i>Positionnement théorique</i>	219
2.2.2. <i>Précisions terminologiques</i>	222
3. ILLUSTRATION : LA LEGITIME DEFENSE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	224
3.1. LA VIOLENCE FONDATRICE DU DROIT	225
3.1.1. <i>Exposé des faits : Le cas du 11 septembre 2001 et des interventions américaine et britannique en Afghanistan</i>	225
3.1.2. <i>Incidences théoriques</i>	229
3.2. LA VIOLENCE CONSERVATRICE DU DROIT	231
3.2.1. <i>Exposé des faits : Le cas du bombardement du réacteur d'Osirak en 1981</i>	231
3.2.2. <i>Incidences théoriques</i>	233
CONCLUSION	235

* Alexis Bouillo est doctorant contractuel à l'IREDIÉS, École de droit de la Sorbonne.

Abstract

In a deconstructionist perspective of law, it is necessary to question what is taken for granted, whether by legal professionals or by the general public. In the legal area, one of the commonly admitted beliefs is the one relating to the pacifying role of law, and of its violence-channelizing purpose. It is therefore necessary to question the relationship between law and violence. It appears that the two classical positions, the ontological opposition of law and violence on the one side, and the identity of law and violence on the other side, can be overcome by a third approach. Indeed, it is possible to apprehend this relationship as a reciprocal construction: on the one hand, violence is shaping the law by intervening in the legal actor's interpretation of the normative statements; on the other hand, law defines what it considers to be violent by qualifying a situation as violent and therefore legally admitting it. Violence can thus create law by modifying a pre-existing interpretation of a statement, but it can also be conservative of the law by leading to the condemnation of a situation considered to be violent. In order to be able to rule on the change or on the conservation of an interpretative state, a general consensus between the legal actors is required. Indeed, the relationship between law and violence is a moving one, whether in time or space. It is nevertheless still necessary to relocate any analysis of the relationships between law and violence in the interpretative context at stake. This is fully illustrated in the field of (public) international law through the right to self-defence.

Résumé

Lorsque nous souhaitons adopter une perspective déconstructiviste du droit, il est nécessaire d'aller questionner ce qui est considéré comme allant de soi tant par les professionnels du droit que le grand public. Concernant le champ juridique, une des croyances communément admises est celle du rôle pacificateur du droit, autrement dit de son rôle canalisateur de la violence. Il est donc nécessaire d'interroger les rapports entre le droit et la violence. Il nous apparaît que les deux positions classiques que sont l'opposition ontologique entre droit et violence et l'identité du droit et de la violence peuvent être dépassées par une troisième approche. En effet, il est possible de comprendre ce rapport comme une construction réciproque : la violence vient modeler le droit en intervenant dans l'interprétation par les acteurs juridiques des énoncés normatifs ; à l'inverse, le droit vient définir ce qu'il considère comme étant violent en qualifiant ou non une situation violente comme juridiquement admise

ou non. Ainsi, la violence peut à la fois être créatrice de droit en venant modifier une interprétation préexistante d'un énoncé mais elle peut aussi être conservatrice du droit en amenant à une condamnation d'une situation jugée violente. Afin de pouvoir statuer d'un changement ou d'une conservation d'un état interprétatif, il faut un consensus entre les acteurs juridiques. En effet, le rapport entre droit et violence est un rapport qui est constamment en mouvement que cela soit dans l'espace ou dans le temps. Cependant, il demeure nécessaire de resituer toute analyse des rapports entre droit et violence dans le contexte interprétatif en jeu. Cela s'illustre parfaitement dans le domaine du droit international public avec le droit de légitime défense.

INTRODUCTION

« S’efforcer de devenir tel qu’on puisse être non-violent.
Cela dépend aussi de l’adversaire »¹.

Se placer dans une perspective déconstructiviste du droit rend nécessaire de questionner des notions qui impliquent ou sont impliquées par un « mythe fondateur » du droit. En effet, afin d’adopter une position critique (mais descriptive) face à un domaine il convient de « défaire et de se défaire des grands récits, des grands mythes, des histoires reconstruites qui se transmettent de génération en génération et qui, d’une certaine façon, agissent comme une sorte de conscience collective, comme un cadre cognitif latent qui oriente la pensée dans des directions déterminées et contrôle la production du discours »². Ce positionnement développé, en partie, par Derrida renvoie avant tout à l’objectif de déconstruire ce que l’on peut considérer comme étant naturel ou allant de soi³. Il est nécessaire de ne pas considérer un texte, un discours, ou une représentation en général comme dégageant une vérité à valeur absolue ou incontestable. Chaque « vérité » n’est que le produit d’une construction située dans le temps et dans l’espace. Il est alors nécessaire de dégager le non-dit des textes et des discours, ce qu’ils supposent et ce qui leur donne sens. Il ne faut pas entendre ce terme de déconstruction « au sens de dissoudre ou de détruire, mais d’analyser les structures sédimentées qui forment l’élément discursif, la discursivité philosophique dans laquelle nous pensons »⁴. Cette approche, largement développée par la *French theory*⁵, ne signifie pas nécessairement de dénoncer toute croyance mais plutôt de « secouer la quiétude avec laquelle on les accepte ; de montrer qu’elles ne vont pas de soi, qu’elles sont toujours l’effet d’une construction dont il s’agit de connaître les règles et de contrôler les justifications »⁶.

Cette façon de voir comme naturelles des croyances qui ne sont que le fruit d’une construction peut s’expliquer par le recours au constructivisme social et notamment à la théorie de l’accoutumance de P. Berger et T. Luckmann. Il apparaît en effet que les habitudes des

¹ S. Weil, *La Pesanteur et la Grâce*, Pocket, 1991, p. 153.

² M. Prost, « Ruptures éthiques et ruptures esthétiques : la pensée critique doit-elle continuer de s’écrire dans un langage critique ? », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruylant, 2013, p. 199. P. Bourdieu note à ce titre que le droit tient sur un « fondement mystique » permettant qu’il ne soit pas questionné à savoir la coutume de l’obéissance à la loi (P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Seuil, 2003, p. 136-137).

³ J. Derrida, *De la grammatologie*, Éditions de Minuit, 1967.

⁴ Propos de Derrida recueillis par Roger Pol Droit, *Le Monde*, 2004.

⁵ Pour un exposé plus développé de ce mouvement voir par exemple *French Theory* de F. Cusset (F. Cusset, *French theory*, La découverte, 2005).

⁶ M. Foucault, *Archéologie du savoir*, Gallimard, 2008, p. 39.

acteurs sociaux réduisent l'étendue des possibilités que ces acteurs ont devant eux. L'accoutumance à des comportements réguliers vient réduire les possibilités qui sont pensées par les acteurs⁷. Répéter une croyance, c'est réduire de plus en plus la possibilité d'existence d'autres croyances. Se représenter une réalité de façon constante entraîne une impossibilité à penser d'autres réalités toutes aussi valables que la première. Selon le célèbre adage de Schopenhauer, « le monde est ma représentation »⁸.

Concernant le droit, un des mythes fondateurs est sans nul doute son rôle pacificateur. En effet, l'antagonisme entre le droit et la violence est régulièrement postulé. Cela relève d'un présupposé présumant que le droit a pour finalité la régulation voire la suppression des possibilités d'utilisation de la violence. Le droit est perçu comme l'outil permettant la vie en commun en refrénant les instincts violents de l'être humain. Ce présupposé, qui aujourd'hui à force de croyance, peut et doit être questionné⁹. Pourtant, adopter cette vision du droit opposé par essence à la violence ou à l'inverse comme n'étant que violence (1) empêche de saisir le jeu de construction réciproque existant entre ces deux notions (2). Il nous apparaît alors que la légitime défense en droit international public constitue à cet égard une illustration frappante de ce rapport de co-construction¹⁰ (3).

1. DU DROIT CONTRE LA VIOLENCE A LA VIOLENCE DU DROIT

Afin de schématiser les différentes positions doctrinales concernant les rapports entre le droit et la violence, il est possible de dégager deux grands courants théoriques : la théorie que nous nommerons classique postulant une antinomie entre le droit et la violence (1.1) et un ensemble de théories d'inspiration marxiste voyant dans le droit l'exercice d'une violence de la classe dominante sur les opprimés (1.2).

1.1. La position classique : Le droit antinomique de la violence

Les rapports entre le droit et la violence sont des rapports qui peuvent sembler *a priori* antinomiques. Dans le discours quotidien tant des professionnels du droit que des médias généralistes, le droit est à la fois l'adversaire de la violence et le moyen privilégié pour y mettre

⁷ P. Berger, T. Luckmann, *The social construction of reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, 1967, p. 47-92.

⁸ A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et représentation*, Librairie Félix Alcan, 1912, Livre I^e, § 1.

⁹ Pour la distinction entre norme, valeur et croyance, se référer à P. Demeulenaere (dir.), « Valeurs, normes et croyances », in *Les normes sociales. Entre accords et désaccords*, Presses universitaires de France, 2003, p. 15-41.

¹⁰ Entendu ici au sens de « relation d'entredéfinition entre les différentes entités » (M. Akrich, « Co-construction », in I. Casillo, R. Barbier, L. Blondiaux, F. Chateauraynaud, J.-M. Fourniau, R. Lefebvre, C. Neveu, D. Salles (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, GIS Démocratie et Participation, 2013.

fin. L'ordre juridique a pour fonction et condition, la diminution puis la suppression des formes de violence. Comme l'énonce François Terré : « parmi les finalités du droit figure tout particulièrement la recherche de l'ordre et de la paix dans la société »¹¹. Le cas de l'ordre juridique international n'échappe pas à cette vision. Ainsi, comme souligne D. Kennedy, il s'agit d'un « *international legal order premised on the absence of violence* »¹². Le droit est considéré comme l'adversaire « naturel » de la violence.

De nombreux juristes, internationalistes ou non, ont œuvré à l'affirmation d'un droit ennemi de la violence. À titre d'exemple, l'article récent, « Le droit et la violence », de F. Couveinhes-Matsumoto¹³ est intéressant car il tend à démontrer que le droit ne peut se mêler à la violence. Il y énonce que si un « comportement ou une situation sont bien violents, et non par exemple coercitifs ou rigoureux, on ne peut utilement faire appel au Droit pour les justifier mais uniquement pour les condamner »¹⁴. L'idée sous-tendue ici est que la violence ne peut être qu'une violation du droit et ne peut en aucun cas exister à travers l'application de ce dernier. Ainsi, la force serait ce qui est nécessaire en droit alors que la violence serait ce qui ne l'est pas. Le droit ne serait pas capable de violence car il est par essence rigoureux et régi par des conditions d'exercices consubstantielles à l'État de droit telles que les principes de légalité ou de proportionnalité et le critère de nécessité¹⁵.

Les juristes se réclamant d'un droit naturel d'inspiration chrétienne adoptent majoritairement cette posture radicale d'opposition ontologique entre droit et force. À ce titre, il convient d'évoquer la célèbre maxime de Saint Thomas d'Aquin « *id quod justum est* ». Cela renvoie à l'idée selon laquelle si le droit est juste, alors il ne peut être violent¹⁶. En effet, la justice se retrouve dans la proportion des moyens utilisés pour résoudre des conflits. Le droit recourant à l'usage de la force viendrait donc s'opposer à la violence par sa dimension proportionnée et réglementée. Ainsi, le droit serait ce qui distingue violence et force par l'aspect mesuré de son application. Cela reprendrait en quelque sorte la distinction en droit international entre légitime défense et vengeance. La légitime défense répond à des critères juridiquement édictés alors que la vengeance est une action similaire ne rentrant pas dans le cadre de ces

¹¹ F. Terre, « Sur le phénomène de la violence », *Archives de philosophie du droit*, 1999, n° 43, p. 246.

¹² D. Kennedy, *International Legal Structure*, Baden-Baden, 1987, p. 246.

¹³ F. Couveinhes-matsumoto, « Le droit et la violence », *Droits*, 2016, 2016/2, n° 64, p. 221-241.

¹⁴ *Ibid.*, p. 221.

¹⁵ Pour un exposé de cette théorie voir J. Chevallier, *L'État de droit*, LGDJ, 6^e édition, 2017. Dans une perspective davantage critique voir C.-M. Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la Société*, n° 113, juil-sept. 1994, *Figures actuelles du capitalisme*, p. 89-103.

¹⁶ J. B. D'Onorio (dir.), *La violence et le droit : Actes du XIX^e colloque national*, P. Téqui, 2003.

derniers. La force demeurerait dans le cadre du droit car elle lui est subordonnée et est donc rationalisée alors que la violence n'existerait qu'en dehors du droit. Cette position est aussi celle défendue par E. Lévinas pour qui « en aucun cas la violence ne peut et ne doit être rationalisée, puisqu'elle constitue un défi fondamental pour la morale et la loi »¹⁷. Face à cette vision d'un droit comme ontologiquement extérieur à la violence, les penseurs marxistes du droit ont développé une approche diamétralement opposée, celle d'une identité du droit et de la violence.

1.2. La position marxiste : Le droit comme exercice de la violence

Ce sont principalement les penseurs marxistes du droit qui ont développé une vision de ce dernier comme n'étant qu'une forme d'exercice de la violence par une classe dominante sur une autre classe dominée. Ce postulat se fonde principalement sur le matérialisme historique initié par Karl Marx¹⁸.

Cette posture théorique se fonde sur le rejet d'une société édifée sur un pacte social telle que développée chez les penseurs du contrat social comme J.-J. Rousseau¹⁹ ou T. Hobbes²⁰. Il est alors question de voir l'homme comme « l'ensemble des rapports sociaux donnés à un moment déterminé de l'histoire »²¹. La société, loin d'être le fruit d'un pacte entre le peuple et le souverain dans un but de vie en société, est le résultat de rapports de force. Dès lors, cela sous-entend une vision du droit comme étant un outil de domination de l'un sur l'autre.

À titre d'exemple, Mailles a développé une analyse marxiste du droit en postulant que la société est « l'institutionnalisation d'une violence, celle des intérêts en jeu dans l'organisation de cette production de vie sociale ». Dès lors,

« le droit ne peut plus, dans cette optique être étudié que comme l'un des éléments, l'un des niveaux, l'une des instances de cet ensemble social. Il ne saurait donc échapper à la nature profonde de la société : si celle-ci est violence, celui-là ne peut également être que violence. Ceci nous autorise, de manière générale, à définir le droit de la société capitaliste comme le système de communication formulé en termes de normes permettant la production et la reproduction d'un système socio-économique capitaliste. Or, ce système est celui d'une exploitation d'une classe par une autre classe »²².

¹⁷ Cité dans A. Leder, « Violence et rationalité. », *Quaderni*, Hiver 2002-2003, n° 49, p. 103.

¹⁸ Pour une présentation plus large de cette notion, voir C. Colliot-Thelene, « Le matérialisme historique a aussi une histoire », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1984, n° 55, p. 15-21.

¹⁹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, 2011.

²⁰ T. Hobbes, *Leviathan*, Folio, 2000.

²¹ M. Miaille, « Le droit-violence », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 2, p. 170.

²² *Ibid.* p. 174.

Ainsi, la société capitaliste étant à l'heure actuelle quasi-hégémonique, le droit en tant que partie intégrante de ce mode d'organisation ne peut constituer qu'une forme d'oppression de la classe bourgeoise sur la classe ouvrière. Ce postulat du droit comme violence bourgeoise sur le peuple ne peut alors être renversé que dans le cas d'un renversement de la société capitaliste elle-même.

Cela rejoint par ailleurs les propos développés par M. Foucault dans son célèbre ouvrage *Surveiller et punir*²³. En effet, le droit « produit lui-même la violence qu'il prétend combattre. Michel Foucault démontre largement comment la naissance de la prison moderne est, en réalité, une domestication des corps qui rend utile la "production" traditionnelle du châtiment exemplaire de l'ancien régime. En d'autres termes, le droit loin d'être le contraire de la violence n'en est qu'une des formes instituées »²⁴.

Ainsi, la pensée de M. Miaille amène à ne considérer le droit que par le prisme de la violence qu'il institue, le droit devient un instrument nécessairement reflet d'une domination d'une classe sur une autre lorsque nous nous situons dans une société capitaliste « classique ».

Dans le domaine du droit international, C. Miéville²⁵ développe lui aussi une analyse marxiste du droit. Pour lui, la structure internationale génère le fait que dans l'arène juridique internationale, il n'y a pas d'État pour peser en tant qu'arbitre final sur des revendications concurrentes et dès lors, la violence reste un moyen aux mains des parties elles-mêmes en désaccord au sujet de la loi²⁶. Cette absence de souverain mondial permettant la régulation des différends entre États entraîne le fait que les rapports juridiques ne sont réglés que par l'intermédiaire du pouvoir de coercition exercé par les acteurs juridiques eux-mêmes²⁷. Ainsi, le droit international, loin d'être un droit pacificateur des relations internationales devient une forme d'argument servant aux recours à la violence. Pour l'auteur, l'idée même de substituer la guerre par le droit n'est pas seulement utopique mais contre-productive car dans sa vision, un monde organisé autour du droit international ne peut être qu'un monde de violence impérialiste²⁸.

²³ M. Foucault, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Gallimard, 1993.

²⁴ M. Miaille, *op.cit.*, p. 175. Cependant, il est à noter que Foucault, contrairement aux penseurs de la théorie marxiste classique analysant le rapport entre dominants et dominés comme horizontal, conçoit l'exercice du pouvoir à travers des « mécanismes complexes » et diffus dans le corps social (M. Foucault, *op. cit.*, p.92).

²⁵ C. Miéville, *Between Equal Rights : A Marxist Theory Approach*, Haymarket Books, 2005.

²⁶ *Ibid.*, p. 292.

²⁷ *Ibid.*, p. 133.

²⁸ *Ibid.*, p. 319.

Sans développer davantage, dans le domaine du droit civil, d'autres auteurs adoptent des positions fondées sur matérialisme historique²⁹. Par exemple, A.-J. Arnaud propose une analyse marxiste du Code civil français³⁰. Pour ce dernier, l'objectif de sa démarche consiste à décoder le Code civil dans un objectif de dévoilement du droit comme servant à qualifier de violence toute utilisation de la force qui irait à l'encontre de l'organisation sociale bourgeoise en place. Ainsi, le droit a pour rôle de ne permettre que la violence conservatrice de la paix bourgeoise.

Il apparaît donc, qu'à l'inverse de la vision classique du droit, l'analyse marxiste ou plus largement l'utilisation du matérialisme historique, entraîne la vision d'un droit comme outil aux mains de la classe dominante et constituant l'exercice d'une violence qu'elle soit physique ou symbolique³¹ sur les dominés. Dès lors, le droit n'est que violence et n'est jamais un outil de pacification des rapports sociaux ou du moins il vise à assurer la supériorité d'une classe sur une autre. Cette vision, bien que présentant l'avantage de comprendre le droit comme le fruit de rapports de force présents dans un contexte donné, semble cependant occulter le rôle du droit en tant que générateur de représentations pour tous les acteurs juridiques³² mais surtout amène à considérer le droit comme n'étant l'instrument que d'une forme de domination d'une classe sur une autre. Adopter l'idée d'identité du droit et de la violence revient à occulter les dynamiques pouvant exister entre ces deux notions.

Il nous semble donc qu'une position intermédiaire entre le droit comme ne pouvant être violence et le droit n'étant que violence puisse être trouvée. Celle-ci permet à la fois d'admettre l'objectif pacificateur du droit tout en dévoilant son caractère créateur de violence.

2. L'ADOPTION D'UNE POSITION INTERMEDIAIRE : LE DROIT COMME OUTIL DE DETERMINATION DE LA VIOLENCE

Il nous apparaît que le droit est avant tout un outil de qualification de la violence au sens où il détermine ce qui est violence sans nécessairement l'admettre en son sein (2.1). Ce postulat se fonde sur deux piliers théoriques que sont la théorie réaliste de l'interprétation et l'analyse contextuelle du droit (2.2).

²⁹ Voir un exposé plus détaillé dans D. Manaï, « Les juristes marxistes occidentaux face au phénomène juridique », *Déviance et société*, 1979, vol. 3, n° 3. p. 279-295.

³⁰ A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, 1972.

³¹ M. Miaille, *op. cit.*, p. 174.

³² Ainsi, il est possible de voir le droit comme créateur de représentations pour tout acteur qui se trouve en contact avec l'ordre juridique et non pas seulement des représentations générées par la classe dominante dans un but de pacification de la classe dominée.

2.1. Fondements théoriques : contextualisme et théorie réaliste de l'interprétation juridique

Afin de comprendre notre position quant aux rapports existant entre le droit et la violence, il convient d'exposer brièvement les fondements théoriques amenant à cette vision. Le premier d'entre eux est celui développé au départ par les réalistes américains puis repris par les réalistes français : la théorie réaliste de l'interprétation juridique (2.1.1). Ce positionnement amène alors à devoir considérer les analyses du droit comme ne valant que pour le contexte en cause (2.1.2).

2.1.1. De l'indétermination du langage à la théorie réaliste de l'interprétation juridique

« C'est l'histoire de Moishé et Yitsh'ok qui se croisent un jour par hasard dans les rues de New York. Cela fait des années qu'ils ne se sont pas vus, depuis la Pologne, depuis le Ghetto, depuis la guerre. Et là, en plein Manhattan, ils se retrouvent, et tombent dans les bras l'un de l'autre. Moishé dit alors à Yitsh'ok : Yitsh'ok ! Comme c'est bon de te voir ! En un mot, dis-moi ce que tu deviens... comment ça va?... Et Yitsh'ok dit : BIEN ! Alors Moishé continue : non, mais, vraiment, dis-moi en deux mots comment ça va... ? Et Yitsh'ok répond : PAS BIEN ! (...) Cette histoire, à mon sens, raconte une certaine lecture juive du monde, ou de la vie... : elle dit qu'il existe toujours plusieurs façons de raconter une histoire, de lire un texte, ou de comprendre une situation. En BIEN ou en PAS BIEN. Une version n'est pas plus juste que l'autre, ou plus vraie que l'autre. Deux interprétations d'une même histoire peuvent exister simultanément »³³.

Cette illustration, à travers une réflexion rabbinique, de l'idée d'une indétermination du langage renvoie au fait qu'il n'existe jamais une vérité quant à une situation donnée. Chaque fait, comme chaque texte, possède autant de sens « vrais » ou valables qu'il existe de personnes pour leur en donner. Ce constat peut trouver son fondement dans l'irréductibilité du réel au langage. Ainsi, R. Barthes dans son étude sur « l'effet de réel » développe l'idée d'une « illusion référentielle »³⁴. Les détails inclus dans un récit, loin de réaliser le réel « ne font rien d'autre,

³³ *Drasha de Kol Nidre* par le rabbin Delphine Horvilleur, publiée sur le site de la revue *Tenou'a* le 19 septembre 2018, disponible ici : <https://tenoua.org/dh-kippour-5779/>.

³⁴ R. Barthes, « L'effet de réel », *Communications*, n° 11, 1968, p. 81-90.

sans le dire, que le signifier »³⁵, c'est-à-dire qu'indiquer la volonté de s'y rapporter. Dès lors, « la fonction du récit n'est pas de "représenter", elle est de constituer un spectacle qui nous reste encore très énigmatique, mais qui ne saurait être d'ordre mimétique »³⁶. Ainsi, ce qu'énonce le langage n'est jamais totalement ce qui est. Il est donc nécessaire d'opérer une séparation entre le vrai et le réel. Le langage peut énoncer ce qui est tenu pour vrai mais ne peut avoir pour résultat d'édicter le réel³⁷. Cela nous amène alors au postulat de la coexistence d'une infinité de vérités quant à une même réalité. Il existe à la fois une pluralité de vraies perceptions d'une situation mais aussi une pluralité de vraies descriptions d'une situation. Toutes ces descriptions se placent dans le champ du vrai mais non dans celui du réel impossible à atteindre par le langage.

Ce constat d'une coexistence de multiples vérités a été dressé par de nombreux penseurs. Ainsi, F. Nietzsche énonce qu'il « n'y a de vision que perspective, il n'y a de connaissance que perspective »³⁸, c'est-à-dire que la réalité implique nécessairement une pluralité de vérités correspondant à autant d'angles de vue possibles la concernant. De manière plus limpide, il rajoute que l'essence d'une chose « n'est somme toute qu'une opinion sur cette chose. Ou plutôt la formule "cela passe pour" est le résidu vrai de la formule "cela est" »³⁹.

M. Foucault a lui-même repris ce constat pour évoquer les règles. Il indique à cet égard qu'elles

« sont faites pour servir à ceci ou à cela ; elles peuvent être ployées au gré de tel ou tel. Le grand jeu de l'histoire, c'est à qui s'empare des règles, qui prendra la place de ceux qui les utilisent, qui se déguisera pour les pervertir, les utiliser à contresens et les retourner contre ceux qui les avaient imposées ; qui, s'introduisant dans le complexe appareil, le fera fonctionner de telle sorte que les dominateurs se trouveront dominés par leurs propres règles »⁴⁰.

Ainsi, même les règles n'ont ni un destin figé dans le temps et l'espace ni une finalité fixée dans le marbre. Le juge de la Cour européenne des droits de l'homme, G. Fitzmaurice, dans une opinion dissidente célèbre rejoint par ailleurs un tel constat en énonçant que :

³⁵ *Ibid.*, p. 88.

³⁶ R. Barthes, « Introduction à l'analyse structurale des récits », *Communications*, n° 8, 1966, p. 26.

³⁷ Il est par ailleurs possible de faire ici un parallèle avec l'œuvre de Magritte *La trahison des images* dans laquelle l'artiste développe une distinction entre ce qui est réel et ce qui est réaliste (voir notamment B. Darras, « Sémiotique du système des objets dans la poétique de Magritte. La durée poignardée entre *aisthesis* et *semiosis* », *Recherches sémiotiques*, 28 (3-1), 2008, p. 81-108.

³⁸ F. Nietzsche, *La généalogie de la morale*, « Troisième traité », Gallimard, § 12, p. 365.

³⁹ F. Nietzsche, *La volonté de puissance*, vol. 1, Livre 1^e, Gallimard, 1995, p. 88.

⁴⁰ M. Foucault, *Dits et écrits, 1954-1988*, t. II, Gallimard, 1994, p. 145-146.

« En pareil cas, les parties vont appliquer des normes différentes ; elles vont suivre des chemins parallèles qui ne se rencontrent jamais. (...) Chacune des deux parties peut, à l'intérieur de son propre système de références, être capable de présenter une thèse cohérente et valable, mais puisque ces systèmes diffèrent l'un de l'autre, aucune des deux thèses ne peut l'emporter telle quelle sur l'autre. Il n'y a pas de solution au problème, à moins que l'on ne puisse déterminer d'abord quel est le système de référence exact ou plutôt acceptable, mais comme l'acceptabilité est une affaire d'optique, de sentiment, d'attitude ou même de politique, plutôt que d'argumentation juridique ou logique exacte, il n'existe guère non plus de solution sur cette base »⁴¹.

Ainsi, les infinies possibilités offertes par la réalité génèrent une infinie possibilité d'interprétation des énoncés qu'ils soient juridiques ou non. C'est de ce constat que part la théorie réaliste de l'interprétation juridique.

Cette théorie affirme que chaque interprète d'un énoncé normatif⁴² opère une réattribution de sens par rapport à celui donné ou voulu par l'auteur⁴³. Elle trouve sa source dans le postulat que le droit n'est pas formé par des énoncés normatifs tels qu'adoptés mais par l'application de ces derniers par le juge⁴⁴. Selon le fondateur de cette pensée en France Michel Troper, cette théorie peut se résumer en trois propositions : « (1) l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance ; (2) elle n'a pas objet des normes, mais des énoncés ou des faits ; (3) elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique »⁴⁵.

Au départ apanage des analyses du droit constitutionnel, cette théorie trouve une concrétisation dans le droit international public car « la place éminente accordée à la souveraineté des États, l'importance qu'ils attachent à leur liberté d'interprétation et la primauté qu'ils accordent à la question de la compétence des interprètes élèvent le degré de pertinence des positions réalistes »⁴⁶. Ainsi, pour appréhender la notion découlant d'un énoncé normatif,

⁴¹ *Golder contre Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 février 1975, opinion dissidente du juge Fitzmaurice, § 23. Pour une analyse plus développée de cet arrêt voir notamment R. Pelloux, « L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 21, 1975. p. 330-339.

⁴² Un énoncé normatif s'entend ici d'un énoncé ayant une valeur juridique attribuée par l'ordre juridique dans lequel il se situe. Cela ne postule toutefois pas l'existence d'une « normativité » inhérente au texte mais la possibilité de transformer ce texte en norme *via* la lecture de ce dernier par un acteur habilité de par la position de ce texte dans l'ordre juridique. À ce titre voir O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, décembre 1999.

⁴³ Un constat similaire est présent chez différents sémiotistes comme Umberto Eco ou Charles Sanders Peirce (voir notamment U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, Biblio Essais, 1994, p. 36 et s.).

⁴⁴ Ainsi, il est pertinent de citer la célèbre phrase de O. W. Holmes, « *The prophecy of what the courts will do in fact and nothing more pretentious is what I mean by the Law* », cité dans H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New-York, NY, Russell & Russell, 1961, p. 166.

⁴⁵ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista opinião jurídica*, n° 8, 2006, 2006/2, p. 303.

⁴⁶ D. Alland, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, 2012, 2012/I, n° 55, p. 87.

il faut s'intéresser à l'interprétation de ce dernier par les acteurs qui le mobilisent au sein de discours juridiques entendus ici comme « l'ensemble des énoncés produits par des autorités habilitées par un ordre juridique »⁴⁷. En effet, la question n'est pas de savoir si le discours juridique est vrai ou faux ou si un acteur a tort ou non de promouvoir une interprétation d'un énoncé, il faut s'intéresser au résultat de cette interprétation. À ce titre H. L. A. Hart qualifie les termes utilisés dans les textes juridiques de termes à la « texture ouverte »⁴⁸.

Plusieurs auteurs ont émis la nécessité de recourir à cette théorie dans le contexte du droit international⁴⁹. Le Professeur Denis Alland a par ailleurs utilisé une méthodologie se rapprochant de la théorie réaliste de l'interprétation dans sa thèse sur les contre-mesures⁵⁰. De même, certains auteurs francophones ont rédigé de courts articles utilisant le corollaire de ce postulat méthodologique à savoir la théorie des contraintes juridiques⁵¹ pour appréhender le droit international⁵². Cependant, cette approche du droit international public reste minoritaire. En effet, au regard des ouvrages traitant de l'interprétation en droit international, cette dernière est avant tout traitée comme un ensemble de techniques utilisées par les acteurs pour appliquer un énoncé⁵³ et non pas comme un outil méthodologique permettant d'analyser le droit international.

Cette carence s'explique notamment par la domination de l'approche positiviste dans la doctrine internationaliste⁵⁴ ainsi que par l'existence de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. En effet, à travers l'édiction d'un texte venant définir les règles d'interprétation,

⁴⁷ V. Champeil-desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 258.

⁴⁸ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, LGDJ, 2^e édition, 2006, p. 155.

⁴⁹ Notamment en France (D. Alland, *op. cit.* ou P. Brunet, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *Revue générale de Droit international public*, 2011, p. 311-327) et en Italie (F. Viola, « Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica », *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica*, 3^e édition, Laterza, 2000, p. 49-64 ; F. Viola, « Apporti dell'aprica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica », *Ragion pratica*, 2001, Vol. 9, n° 17, p. 53-71).

⁵⁰ D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, 1994.

⁵¹ Cette théorie énonce que l'interprétation d'un énoncé par un acteur est soumise à certaines contraintes juridiques qu'il est possible de découvrir et qui viennent réduire l'indétermination de l'interprétation juridique. À ce titre, voy. l'ouvrage de référence : M. Troper, V. Champeil-desplats, C. Grzegorzczk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

⁵² Voy. notamment B. Crottet, « Une Tentative de reformulation de la Théorie des contraintes juridiques – Application à la question de la fragmentation du Droit international », *Jus Politicum*, 2012, n° 7 ; R. Bachand, *L'interprétation en droit international : une analyse par les contraintes*, Société européenne du droit international, 2007.

⁵³ À ce titre, voy. R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruylant, 2007 ; ou S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, 1974. Il est à noter que ces deux ouvrages, bien que conséquents, ne présentent même pas la théorie tropérienne de l'interprétation.

⁵⁴ David Kennedy énonce à cet égard : « Nous avons trop longtemps focalisé notre attention sur les structures-institutions, constitutions- plutôt que sur les résultats. Nous avons préféré l'aspect procédural à la substance », cité dans D. Kennedy, *Nouvelles approches de droit international*, Pedone, 2009, p. 122.

a été émis le souhait de doter le discours interprétatif de qualités objectives de par son encadrement par les règles du traité. Avec l'édiction de ces règles, est postulée la croyance de pouvoir régler la question de l'interprétation en obligeant les acteurs à suivre certaines règles tout en omettant d'admettre l'indétermination de ces mêmes règles interprétatives. Il apparaît en effet peu soutenable de postuler un sens objectif à des règles interprétatives sous prétexte qu'elles viennent régler les questions d'interprétation. Ce n'est pas parce que les États sont tenus par les mêmes règles interprétatives qu'ils les interprètent eux-mêmes de façon identique⁵⁵. En se référant de nouveau à la théorie de l'accoutumance⁵⁶, le fait de considérer les règles d'interprétation de la Convention de Vienne comme étant les règles qui viennent régir toute interprétation, crée une occultation de l'indétermination dont souffrent ces règles elles-mêmes.

F. Zarbiyev fait un rapprochement très pertinent entre le concept de structure centrée de J. Derrida et la Convention de Vienne⁵⁷. Le concept de structure centrée renvoie à l'idée « d'un jeu fondé, constitué depuis une immobilité fondatrice et une certitude rassurante elle-même soustraite au jeu. Depuis cette certitude, l'angoisse peut être maîtrisée, qui naît toujours d'une certaine manière d'être impliqué dans le jeu, d'être pris au jeu, d'être comme être d'entrée de jeu dans le jeu »⁵⁸. À travers ce concept, J. Derrida met en exergue le fait qu'il est rassurant, mais illusoire, de voir dans un ensemble de signes particuliers un outil de détermination du sens des autres signes sans que ce groupe structurant (la structure centrée) ne nécessite lui-même d'autres signes pour être compris. À l'inverse, il faut considérer que même la structure centrée est incluse dans le jeu de significations. Ainsi, la Convention de Vienne serait un outil commode pour les internationalistes car formant une structure centrée qui régulerait le jeu de l'interprétation tout en étant elle-même soustraite à tout jeu d'interprétation.

Cela trouve aussi son illustration à travers ce que l'on appelle le paradoxe de Wittgenstein⁵⁹. Ce dernier donne l'exemple d'un instructeur qui apprend à un élève comment compléter la suite +2 en l'entraînant à écrire cette suite jusqu'à 1000. Ensuite, l'instructeur demande à l'élève de continuer cette suite après 1000. Cependant, l'élève écrit 1004, 1008,

⁵⁵ Plus largement nous pouvons ici reprendre les propos de Nietzsche énonçant qu'il « ne suffit pas, pour se comprendre mutuellement, d'employer les mêmes mots ; il faut encore employer les mêmes mots pour désigner la même sorte d'expérience » (F. Nietzsche, *Par-delà le bien et le mal*, Hachette, 2004, p.226).

⁵⁶ Voir *supra*, Introduction.

⁵⁷ F. Zarbiyev, *Le discours interprétatif en droit international contemporain. Un essai critique*, Bruylant, 2015, p. 30.

⁵⁸ J. Derrida, « La structure, le signe et le jeu dans discours des sciences humaines », *L'écriture et la différence*, Seuil, 1967, p. 410.

⁵⁹ L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2004, p. 124-126.

1012, etc. Son instructeur lui demande de s'expliquer et l'élève répond qu'il avait compris la règle comme consistant à ajouter +2 jusqu'à 1000 puis +4 jusqu'à 2000, +6 jusqu'à 3000, etc. Pour Wittgenstein, cela démontre le fait que toute pratique peut être conciliable avec une règle selon la façon dont est interprétée la règle initiale. Ainsi, toute manière de faire peut être mise en adéquation avec la règle qui s'applique car cette même règle est tout autant indéterminée. Dès lors, dans le cas des règles de la Convention de Vienne, il s'avère qu'elles ne peuvent être à même de déterminer la licéité ou l'illicéité d'une interprétation d'un énoncé normatif. Comme l'énonce S. Kripke dans son analyse du paradoxe de Wittgenstein, il ne peut y avoir « ni accord ni conflit »⁶⁰. Ainsi, la validité d'une interprétation ne dépend pas de règles interprétatives supposément à valeur objective. Chaque interprétation s'appréhende non pas selon un texte qui lui serait supérieur, mais selon son contexte d'émergence.

2.1.2. De l'importance du contexte interprétatif

P. Bourdieu dans ses travaux sur l'analyse du discours, préconise que toute analyse adéquate du discours doit se fonder sur une reconstruction du champ au sein duquel ce discours est produit et reçu et des relations qu'il entretient avec l'espace social dans son ensemble⁶¹. À ce titre, il affirme que toute parole « est produite pour et par le marché auquel elle doit son existence et ses propriétés les plus spécifiques »⁶². Cela, car l'interprète n'aura pas les mêmes intérêts et la même force dans l'établissement d'une signification relative à l'énoncé. Dans ses travaux s'intéressant spécifiquement au droit, il énonce en effet que « l'interprétation opère l'historicisation de la norme, en adaptant les sources à des circonstances nouvelles, en y découvrant des possibilités inédites, en laissant de côté ce qui est dépassé ou périmé »⁶³. Dans une optique proche, Umberto Eco énonce la nécessité de « chercher dans le texte ce qu'il dit en référence à sa propre cohérence contextuelle » afin de déterminer ce que « le destinataire y trouve en référence à ses propres systèmes de signification »⁶⁴. En somme, une signification se place nécessairement dans sa propre dimension socio-historique.

⁶⁰ S. Kripke, *Règles et langage privé : introduction au paradoxe de Wittgenstein*, Seuil, 1996, p. 69.

⁶¹ P. Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, Points, 2001. Le champ est entendu par P. Bourdieu comme une partie de l'espace social ayant un degré d'autonomie suffisant pour se doter soi-même d'un principe de différenciation et d'auto-organisation. (voy. P. Bourdieu, *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Seuil, 1992, p. 93).

⁶² *Ibid.*, p. 113.

⁶³ P. Bourdieu, « La force du droit [Éléments pour une sociologie du champ juridique] », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, *De quel droit ?*, p. 8.

⁶⁴ U. Eco, *op.cit.*, p. 29.

Au regard des études réalisées dans le champ de la linguistique, J. Searle donne une illustration très parlante de la nécessité de prise en compte du contexte pour connaître de la signification d'un énoncé : une personne commande un hamburger dans un restaurant avec du ketchup, de la moutarde et un peu de cornichons. Toutefois, le serveur arrive avec un hamburger conforme aux indications précédentes mais encastré dans un cube en plastique qu'il faut briser au marteau piqueur. Le client va alors considérer que son ordre premier n'a pas été obéi même si le sens littéral de sa phrase a été appliqué⁶⁵. Dès lors, le sens littéral ne suffit pas, l'ordre aurait dû être compris dans le contexte général d'un service au restaurant. Le sens littéral de la phrase ne « s'applique que relativement à un ensemble d'assomptions d'arrière-plan qui ne sont pas réalisées dans la structure sémantique de la phrase »⁶⁶. Autrement dit, sans prise en compte du contexte, il n'est pas possible de déterminer le sens d'un ordre.

Dans une perspective similaire, J. Austin postule que le fait de savoir si un énoncé est vrai ou faux dépend des circonstances de l'énonciation. Il énonce à cet égard que « *True and false (...) do not stand for anything simple at all; but only for a general dimension of being a right or proper thing to say as opposed to a wrong thing, in these circumstances, to the audience, for these purposes and with these intentions* »⁶⁷.

Ce constat rejoint par ailleurs la position de C. Perelman lorsqu'il rapporte que « toute argumentation vise à l'adhésion des esprits »⁶⁸. Dès lors, il s'avère indispensable d'adopter une approche contextuelle afin de pouvoir étudier les conditions de production du discours considéré comme vrai. Ces conditions sont nombreuses et comprennent « les types de discours qu'elle accueille et fait fonctionner comme vrais ; les mécanismes et les instances qui permettent de distinguer les énoncés vrais ou faux, la manière dont on sanctionne les uns et les autres ; les techniques et les procédures qui sont valorisées pour l'obtention de la vérité ; le statut de ceux qui ont la charge de dire ce qui fonctionne comme vrai »⁶⁹. Ces conditions de production d'une vérité ne peuvent être appréhendées qu'en recourant à une analyse contextuelle et non textuelle ou littérale.

⁶⁵ J. Searle, *Sens et expression*, Éditions de Minuit, 1982, p. 177-179.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 179.

⁶⁷ J. Austin, *How To Do Things with Words ?*, Oxford University Press, 1962, p. 145.

⁶⁸ C. Perelman, Olbrechts-titeca, *Traité de l'argumentation*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, p. 18.

⁶⁹ M. Foucault, *Dits et écrits*, vol. III, Gallimard, 1994, p. 158.

Par ailleurs, pour reprendre l'exemple précédent, même en accordant aux règles interprétatives de la convention de Vienne une valeur de règles constitutives⁷⁰ et donc en admettant que l'interprétation est *réglée* conventionnellement, cela ne peut affranchir le droit de sa soumission au contexte. En effet, ce qui détermine l'identité d'une pratique interprétative ce n'est pas seulement les règles d'interprétation mais aussi l'environnement, le milieu ou le contexte général dans lequel s'inscrit cette pratique. Afin d'illustrer cela, H. Schwyzer donne l'exemple d'une partie d'échecs dans un pays lointain⁷¹. Dans cette communauté, les individus sont heureux lorsque les pions blancs gagnent la partie car cela signifie pour eux que leur Dieu sera bon durant l'année suivante. Face à une telle situation, il n'est pas possible de dire si l'on assiste à une partie d'échecs telle qu'entendue dans notre propre environnement alors même qu'il y a les mêmes règles du jeu que dans une partie classique. Dès lors, les règles du jeu ne permettent pas d'éclairer réellement la pratique sous-tendue par le jeu. Connaître les règles du jeu d'échecs ne permet pas de comprendre l'enjeu divin qui est présent dans cette communauté. Ainsi, connaître des règles du jeu ne permet pas de savoir ce qui se passe avant, après ou autour du jeu, mais seulement ce qui se passe dans le jeu lui-même.

Cela montre que même en accordant aux règles de Vienne la faculté de régler le jeu interprétatif, si le contexte est occulté au sein de l'analyse⁷², alors il demeure impossible de saisir en quoi consistent les pratiques interprétatives et la place de l'interprétation dans l'édiction du droit. De cela émerge le constat qu'ambitionner une connaissance réelle du droit nécessite de ne pas se cantonner à l'étude des règles d'interprétation car cela demeure insuffisant.

Cette contextualisation nécessaire du discours juridique a déjà été mise en exergue aux États-Unis par l'École du contexte total de C. Hyde à propos de l'interprétation des traités internationaux⁷³ puis par l'École de New Heaven de M. McDougal. Ce dernier affirme en effet que le droit est essentiellement contextuel et vient se cristalliser dans un processus d'interactions permanentes entre des *claims* et des *counter-claims* aboutissant à des équilibres

⁷⁰ La distinction entre règles normatives et règles constitutives a été réalisée par J. Searle. Une règle normative règle les comportements dont l'existence ne dépend pas de ces règles ; une règle constitutive a aussi une fonction régulatrice mais vient de surcroît créer ou définir de nouvelles formes de comportement.

⁷¹ H. Schwyzer, « Rules and practice », *Philosophical Review*, 1969, vol. 78, n° 4, p. 454-467.

⁷² Le contexte ne renvoie pas ici à la prise en compte du contexte tel qu'édicte par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne elle-même (voir *infra.*, p.17), mais au contexte interprétatif entendu au sens large.

⁷³ Voy. C. Hyde, « Concerning the Interpretation of Treaties », *American Journal of international Law*, vol° 3, 1909, p. 46 et s., où est énoncé que, dans l'interprétation d'un traité international, le texte n'a aucune priorité par rapport aux éléments de conjecture accompagnant l'interprétation du traité.

toujours momentanés⁷⁴. Cependant, cette école de pensée était assez fortement animée par des objectifs de soutien à la politique des États-Unis et intégrait dans son analyse des questions de respect et de promotion de principes libéraux et démocratiques rejoignant donc une démarche prescriptive et non descriptive. En France, l'Ecole de Reims a adopté une position proche en voulant dépasser le formalisme de la doctrine marquée par « la primauté des apparences sur les réalités, la détermination des règles sans considération des conditions concrètes de leur apparition et de leur application, ainsi que de la structure des États et relations internationales en cause »⁷⁵. Cette école de pensée largement inspirée par le matérialisme historique entend dévoiler les mécanismes de domination animant le droit international public⁷⁶. Bien que dans une perspective purement descriptive du droit l'aspect militant de cette doctrine soit problématique, certains constats qu'elle développe nous apparaissent essentiels à l'approche contextualiste. Ainsi, M. Chemillier-Gendreau explique que « le succès (toujours temporaire) du droit dépend de la pertinence de la séquence choisie et de son articulation à une évolution réelle qui a donc quelque chance de se poursuivre en douceur. Deux moments sont particuliers : celui de la formulation de la norme et celle de sa reformulation si dans l'application trop de nouvelles tensions se sont exprimées »⁷⁷. Ainsi, c'est le contexte qui détermine la pérennité d'une règle de droit ou du moins de sa signification actuelle. Il y a donc ici aussi un objectif dépassant une étude strictement juridique en y ajoutant un objectif de dévoilement de formes de domination par le droit. Il s'avère donc que la contextualisation systématique des discours juridiques est une nécessité qui est présente dans une partie de la doctrine internationaliste, mais rarement dans une optique d'étude descriptive du droit international.

Il peut sembler pertinent d'objecter à ces approches du droit par le contexte qu'il existe déjà dans les discours officiels un dépassement du contextualisme et une prise en compte du contexte. À cet égard, il est possible de se référer à la nécessité de prendre en compte les buts poursuivis par l'auteur d'un texte pour l'interpréter ou encore à l'article 31 de la Convention de Vienne précitée qui demande de prendre en compte le contexte pour l'interprétation d'un texte. Cependant, cette prise en compte du contexte reste très limitée et renvoie en réalité au paradigme textualiste. En effet, il est avant tout fait mention du contexte comme recours face

⁷⁴ M. McDougal, « International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, vol. 82, 1953-1, p. 137-180.

⁷⁵ C. Chaumont, « Cours général de Droit international public », *RCADI*, 1970, p. 345.

⁷⁶ A. Lagerwall, « Kennedy et moi », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruylant, 2013, p. 13-18.

⁷⁷ M. Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés : essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, 1995, p. 84.

au flou présumé d'un texte. Le contexte n'est ici pensé que comme un moyen subsidiaire de détermination du signifié de l'énoncé et non pas comme élément déterminant de ce dernier⁷⁸. Selon l'article 31 de la Convention de Vienne, le contexte comprend le préambule et les annexes, ainsi cela se rapporte à une perspective textualiste à peine élargie. Évidemment, cette primauté du texte peut s'expliquer par le fait que le texte est issu de la volonté des États l'ayant rédigé alors que le contexte est indépendant de leur volonté directe. C'est ainsi que l'on se réfère en matière interprétative à « l'intention des auteurs » du traité. Cela pourrait laisser penser à une forme d'éloignement du textualisme. Toutefois, il s'avère que ce critère n'est en réalité pas pertinent dans le processus interprétatif. En effet, il apparaît assez difficile, pour ne pas dire impossible, de connaître de l'intention d'un acteur, qu'il soit auteur du texte ou non. Il n'est possible de connaître que de l'action d'un acteur, son intention mentale ne pouvant jamais être réellement saisie. En admettant cette intention supposée comme relevant de la fiction juridique, cela ne fait que renforcer le constat d'une indétermination des règles interprétatives. Effectivement, les fictions juridiques demeurent des lieux de liberté interprétative⁷⁹.

De plus, même ici, il s'avère qu'indépendamment de la volonté des acteurs, une prise en compte du contexte est implicitement présente. En effet, même en adoptant une position purement textualiste, les acteurs juridiques, qu'il s'agisse des États ou de la doctrine, lisent le texte avec en arrière-plan une certaine compétence et une expérience spécifiques à ce champ⁸⁰. Les textes de droit nécessitent inévitablement, pour leur compréhension, un arrière-plan intellectuel qui est le produit d'un contexte socio-culturel dans lequel agissent les acteurs juridiques. De même, il apparaît assez difficile de nier l'existence d'une intertextualité entre les textes de droit. Tout texte porte nécessairement les traces d'autres textes antérieurs ou coexistants⁸¹. Dès lors, même implicitement ou involontairement, le texte en cause est remplacé dans un contexte textuel plus large. En droit international cela peut se voir assez aisément : un traité portant sur les droits de l'homme sera forcément lu avec, dans l'esprit du lecteur, une certaine vision des droits de l'homme façonnée par les traités antérieurs ou l'état actuel de la société internationale. Développer une réelle approche contextualiste ne revient cependant pas

⁷⁸ À titre d'exemple, la Cour internationale de Justice dans *l'Affaire du différend territorial* énonce que « l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte lui-même » (Cour internationale de Justice, *Affaire du différend territorial* du 3 février 1994, arrêt, fond, Jamahiriya arabe libyenne contre Tchad, § 41).

⁷⁹ Voy. notamment F. Rouvière, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in *Les artifices du droit : les fonctions*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 83-101.

⁸⁰ Sur ce sujet, voy. P. Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3-19.

⁸¹ À ce propos voir J. Kristeva, *Semiotike. Recherches pour une sémanalyse*, Seuil, 1969, p. 82-83.

à nier le sens même du texte ou plutôt ce que les acteurs considèrent comme étant le sens ordinaire du texte. Comme l'énonce F. Zarbiyev, cela permet de démontrer que :

« la source de cette évidence ne se trouve pas dans le champ linguistique mais dans le contexte de la situation au sens large du terme. [...] Le contexte est le contexte des internationalistes (la Convention de Vienne) mais aussi le contexte propre à l'interprète qui se compose, entre autres, de son expérience passée et de ce qu'il connaît du domaine d'intervention de l'énoncé »⁸².

Ce manque de prise en compte par la doctrine du contexte dans l'analyse du droit en général et du droit international en particulier peut trouver sa source dans la recherche continue de cohérence et d'unité du système international. M. Foucault exprime très bien cet état de fait en énonçant :

« Au discours qu'elle analyse, elle fait d'ordinaire un crédit de cohérence. Lui arrive-t-il de constater une irrégularité dans l'usage des mots, plusieurs propositions incompatibles, un jeu de significations qui ne s'ajustent pas les unes aux autres, des concepts qui ne peuvent pas être systématisés ensemble ? Elle se met en devoir de trouver, à un niveau plus ou moins profond, un principe de cohésion qui organise le discours et lui restitue une unité cachée. Cette loi de cohérence est une règle heuristique, une obligation de procédure, presque une contrainte morale de la recherche : ne pas multiplier inutilement les contradictions ; ne pas se laisser prendre aux petites différences ; ne pas accorder trop de poids aux changements, aux repentirs, aux retours sur le passé, aux polémiques ; ne pas supposer que le discours des hommes est perpétuellement miné de l'intérieur par la contradiction de leurs désirs, des influences qu'elles ont subies, ou des conditions dans lesquelles ils vivent ; mais admettre que s'ils parlent et, si, entre eux, ils dialoguent, c'est bien plutôt pour surmonter ces contradictions et trouver le point à partir duquel elles pourront être maîtrisées »⁸³.

De ce fait, proclamer l'importance du contexte dans l'interprétation des énoncés normatifs, c'est remettre en cause cette recherche de cohérence du système, c'est postuler une fragmentation du droit et dès lors l'absence d'unité du système.

Une approche du droit par le contexte suppose de se détacher du positivisme formaliste. Ainsi, comme l'énonce O. Corten, cela demande de centrer « son propos sur les interactions, en privilégiant en principe une perspective dynamique »⁸⁴. Cela nécessite, comme énoncé précédemment, de prendre acte de la place de l'interprétation dans le raisonnement juridique et d'adopter une posture démonstrative avec la volonté d'expliquer les évolutions du droit par une prise en compte du contexte. Ce qui compte c'est le droit tel qu'il entre en relation avec son

⁸² F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 49.

⁸³ M. Foucault, *Archéologie du savoir*, Gallimard, 2004, p. 203.

⁸⁴ O. Corten, « Le droit en contexte est-il incompatible avec le formalisme juridique ? », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, 2013/1, vol. 70, p. 70-76.

environnement. Pour P. Brunet, les « changements sociaux sont à la fois le résultat du droit, un usage de ce dernier et toujours un jeu avec lui »⁸⁵ ; il faudrait ajouter à cela que le contexte est à la fois créateur de droit, le résultat du droit et toujours un jeu avec lui.

Ainsi, pour reprendre M. Weber, « l'ordre juridique se dissipe en complexe de maximes, empiriquement effectives dans la tête d'individus déterminés, influençant causalement leur conduite factuelle et à travers eux, indirectement celle des autres »⁸⁶. Étudier le droit par le contexte revient alors à s'intéresser à un ordre juridique empirique et toujours mouvant. Il faut préciser, que le contexte tel qu'entendu dans cette étude, se fonde sur le concept de communauté interprétative. Ce dernier postule l'idée que l'existence d'interprétations concordantes entre les différents acteurs d'un système suppose l'existence d'une base commune à ces acteurs qu'est la communauté interprétative. Cette dernière serait une sorte de code de compréhension commun aux différents acteurs. Ce concept de communauté interprétative a été développé à l'origine par J. Royce qui indique que nos interprétations du monde dépendent nécessairement des interprétations passées sans qu'il soit possible de les attribuer à des individus bien identifiés⁸⁷. Dès lors, cette « masse » d'interprétations passées venant encadrer les interprétations nouvelles forme la communauté interprétative. Cela postule donc une intersubjectivité de l'interprétation et donc pour la comprendre, il faut la replacer dans son contexte de production. Le contexte est alors vu comme une enceinte de valeurs/codes partagés entre les acteurs du système.

J. G. Ruggie a repris ce concept pour l'appliquer aux relations internationales en parlant de *epistemic communities*, il définit ces communautés comme consistant « *of interrelated roles which grow up around an episteme: they delimit, for their members, the proper construction of social reality* »⁸⁸. L'*episteme* étant pour lui « *a dominant way of looking at social reality, a set of shared symbols and references, mutual expectations, and a mutual predictability of intention* »⁸⁹.

Un acteur international agit donc au sein d'une communauté épistémique qui va venir influencer l'interprétation d'un énoncé normatif par cet acteur. Cette influence de la

⁸⁵ P. Brunet, « Quand le droit compte comme texte », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, 2013/I, vol. 70, p. 54.

⁸⁶ M. Weber, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Presses universitaires de Laval-Cerf, 2001, p. 147.

⁸⁷ Ce concept tel que pensé par J. Royce est exposé par G. D. Beebe dans G. D. Beebe, *The Interpretive Role of the Religious Community in Friedrich Schleiermacher and Josiah Royce: Heavenly Bonds*, Edwyn Meller Pr, 1999.

⁸⁸ J. G. Ruggie, « International Responses to Technology: Concepts and Trends », *International Organization*, 1975, n° 29, p. 569-570.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 570.

communauté sur l'interprétation a été développée plus largement par S. Fish. Dans son ouvrage *Doing What Comes Naturally : Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, il explique que les acteurs développent des stratégies propres à leur communauté interprétative avant même de lire un énoncé normatif et de ce fait ces stratégies vont conditionner l'interprétation suivant l'acte de lecture⁹⁰. Dès lors, l'interprétation n'est ni conditionnée par le texte, ni par l'acteur interpréteur mais par la communauté interprétative. Ainsi, une interprétation ne peut être comprise que dans son contexte de production et non pas comme une interprétation isolée et le fruit d'une réflexion *in abstracto* des acteurs.

Cela rejoint, sous certains aspects, la perspective structuraliste telle que pensée par J. Derrida, C. Lévi-Strauss ou R. Barthes⁹¹. En effet, selon cette approche, le réel ne s'appréhende qu'en le divisant en plusieurs unités reliées par la structure. Ainsi priment les relations entre les différentes unités de la structure sur la finalité de ces relations⁹². Les unités elles-mêmes ne sont jamais constituantes de la structure mais c'est cette dernière qui vient constituer différentes unités. En l'espèce, c'est le contexte d'énonciation (la structure) dans laquelle prend place l'interprétation d'un énoncé normatif qui va déterminer les différentes unités résultant du processus interprétatif. Dès lors, déterminer ce qu'est le droit nécessite d'interroger le contexte dans lequel prend place l'interprétation des textes.

En somme, l'ensemble de ces postulats théoriques conduit inévitablement à rejeter les deux positions classiques des rapports entre le droit et la violence exposées précédemment⁹³. Pour comprendre des rapports entre le droit et la violence, il n'est ni utile ni même possible de postuler une identité ou une opposition par essence. En effet, la violence en tant que fait et en tant que résultat du processus interprétatif est nécessairement mouvante. Présenter un constat figé des rapports entre cette notion et le droit crée l'illusion de pouvoir dresser une image fidèle à la réalité concernant ce champ d'étude. Cette approche empêche de s'intéresser à la seule chose appréhendable par le langage, à savoir ce qui est vrai dans un contexte donné. Ainsi, droit et violence doivent être approchés sous un angle dynamique dans un rapport entre la structure (contexte) et les unités qui en découlent (interprétations). Il est alors possible de comprendre des rapports entre le droit et d'autres concepts que comme des rapports de contingence

⁹⁰ S. Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press Books, 1990.

⁹¹ À cet égard voy. J. Derrida, *L'écriture et la différence*, Seuil, 1967 ; C. Lévi-Strauss, *L'homme nu*, Plon, 1971 ; R. Barthes, *Essais critiques*, Seuil, 1964.

⁹² Comme l'indique J. Derrida, « Tout commence par la structure, la configuration ou la relation » (J. Derrida, *op. cit.*, p. 419).

⁹³ Voir *supra*. 1.

contextuelle issus des variations du processus interprétatif. Dire que le droit n'est que violence (ou l'inverse), c'est adopter une position figée dans le temps ne permettant pas de prendre en compte la pluralité des vérités pouvant coexister sur ce sujet. Il nous apparaît donc que c'est par la contextualisation des interprétations que le droit en général et les rapports entre droit et violence en particulier peuvent être appréhendés sans sombrer ni dans l'opposition ontologique ni dans un rapport de pure domination.

2.2. La violence et le droit, un rapport de construction réciproque

Cette étude se propose d'adopter une troisième voie fondée sur les rapports de construction réciproque entre droit et violence (2.2.1) nécessitant des précisions terminologiques afin d'être comprise (2.2.2).

2.2.1. Positionnement théorique

Le postulat d'une opposition totale du droit et de la violence, bien que permettant d'échapper à l'impasse du droit comme n'étant que violence, semble adopter une posture obscurcissant le rôle d'établissement du réel que peut revêtir le droit. En effet, admettre cette position de la violence comme étant *de jure* condamnée par le droit, c'est postuler que le droit lui-même est l'outil déterminant ce qui est violent en créant une division entre force juridiquement admise et violence juridiquement rejetée. Dès lors, selon les systèmes et ordres juridiques envisagés, les situations d'usage de la force ou de violence ne seraient pas toujours les mêmes. Ainsi, il existe bien un processus de qualification de la réalité par le droit qui génère une représentation de cette réalité comme étant soit violente soit juridiquement admise⁹⁴. Le droit étant le fruit de l'interprétation, ses rapports avec la violence ne peuvent être compris qu'à travers elle. Cela amène donc aussi à voir le droit comme un processus d'édiction d'un réel valable pour une situation donnée à un moment donné. De ce fait, il semblerait plus approprié de voir le rapport entre le droit et la violence comme un rapport de construction réciproque. Il est à cet égard pertinent de s'intéresser à la psychanalyse et notamment évoquer les travaux de Freud qui remarque que « c'est une erreur de calcul de ne pas considérer que ce qui est droit était à l'origine violence brute et qu'aujourd'hui encore il ne peut se passer du soutien de la violence »⁹⁵. Une situation violente, si elle est permise par le droit, perd son caractère violent pour devenir une situation de recours licite à la force. À l'inverse, une situation violente rejetée

⁹⁴ Ainsi, est définie la violence juridiquement qualifiée comme « l'emploi illégitime ou du moins illégal de la force » (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, 2002, p. 1210).

⁹⁵ A. Vanier, « Droit et Violence. Freud et Benjamin », *La clinique lacanienne*, 2016, 2016/1 n° 27, p. 23-36.

par le droit, conserve son caractère violent. Il faut donc pour cela distinguer deux formes de violence : la violence pré-qualification juridique, c'est-à-dire la *violence brute* ; et la violence rejetée par le droit, c'est-à-dire la *violence qualifiée* comme telle. D'une part, la violence brute est une violence qui précède le processus de qualification de la situation et qui est fondée sur une analyse extra-juridique de la situation. D'autre part, la violence qualifiée est une violence brute qui a ensuite été qualifiée de violence par les acteurs juridiques à travers le recours à un énoncé normatif. Le processus interprétatif opère le passage d'un champ à l'autre à travers la réattribution d'un sens à l'énoncé normatif correspondant.

Selon les contextes de qualification par le droit (changement d'interprètes, de lieu d'énonciation, *etc.*), ces constats vont évoluer et dès lors, des situations de violence brute pourront être des violences qualifiées à un moment puis devenir des situations d'usage licite de la force par la suite.

Dès lors, le droit n'est pas que violence mais il n'a pas non plus rien à voir avec la violence. Loin d'une question de domination de classe, c'est la dynamique interprétative qui va déterminer le jeu entre droit et violence. Cela se rapproche ici de la position hégélienne avec l'idée que « le fait que la violence et la tyrannie puissent constituer un élément du droit positif est quelque chose de contingent par rapport à lui et ne concerne pas sa nature »⁹⁶. Le droit peut intégrer la violence mais cette intégration n'est pas systématique. De même, plusieurs juristes publicistes ont déjà affirmé l'idée que la violence n'est pas l'opposé du droit mais « le revers d'une médaille dont il serait l'avvers »⁹⁷. En effet, tout comme la distinction entre rationalité et violence qui ne sont « que les sœurs jumelles issues d'une même sombre divinité », la distinction entre droit et violence est issue d'une même situation factuelle⁹⁸ ou violence brute. Le droit, à travers le processus interprétatif, est justement ce qui va déterminer ce qui est violent. Cela rejoint ici, sous certains aspects, l'idée d'un monopole de la violence légitime comme critère de l'État de M. Weber⁹⁹. Selon lui, l'État s'approprie l'usage légitime de la violence et *de facto* est celui qui définit quelle violence en est une. Cela permet d'émettre l'idée que le droit est ce qui définit la violence légitime et donc lui fait perdre son caractère violent. Ainsi, ce n'est

⁹⁶ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'État*, traduction par R. Dératé, Éditions Vrin, 1998, p. 64.

⁹⁷ S. Tortorella, « Le rapport entre la norme et la violence : un conflit irrésolu ou une association indépassable ? », *Droit & Philosophie*, 2016, vol. 8, p. 237-250.

⁹⁸ M. Horkheimer, T. W. Adorno, *Dialectique de la raison*, Gallimard, 1974.

⁹⁹ M. Weber in C. Colliot-Thelene, « La fin du monopole de la violence légitime ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2003, vol. 34, n° 1, p. 6 : « Ce qui est spécifique à l'époque présente est que tous les autres groupements ou toutes les autres personnes individuelles ne se voient accorder le droit à la violence physique que dans la mesure où l'État la tolère de leur part : il passe pour la source unique du "droit" à la violence ».

pas réellement le droit en tant qu'ensemble d'énoncés normatifs qui est violent mais les conséquences de ces énoncés qui peuvent l'être. Il convient à cet égard d'évoquer les travaux de R. Cover. Ce dernier dans son célèbre article *Violence and the word*¹⁰⁰, émet l'idée que les mots du droit ne sont pas nécessairement violents mais que l'exécution des prescriptions qu'ils contiennent peut générer de la violence (notamment dans le cas des jugements). En reprenant ce postulat avec ce qui a été énoncé précédemment, cela permet de comprendre que le processus de qualification entraîne l'existence d'une violence en qualifiant une situation de violente. Ainsi, le droit est violent dans le sens où, pour une situation factuelle (violence brute) qu'il considère violente (violence qualifiée), il crée une situation juridiquement violente. De même, lorsque le droit qualifie une situation factuelle violente d'usage licite de la force, alors il intègre la violence comme étant partie du droit. Dès lors, la violence brute peut se transformer en violence juridiquement admise ou juridiquement refusée. Dans les deux cas, le droit va, à travers son énoncé, intégrer la violence¹⁰¹. Ainsi, le discours juridique (et le droit n'existe qu'à travers le discours des acteurs juridiques) en soi n'est pas violent mais la violence, elle, est « médiée par le langage »¹⁰². En somme, le droit est un outil de qualification du réel (et non d'édiction du réel) qui à la fois peut amener à l'admission de situations violentes tout comme il peut amener à considérer certaines violences comme se situant hors de l'ordre juridique.

Il convient toutefois de souligner que cela ne préjuge pas de la nécessité, réelle ou non, pour le droit de recourir à la violence pour exister¹⁰³.

Cependant, cela permet d'envisager, notamment au travers des écrits de W. Benjamin, comment la violence et le droit interagissent dans un processus de modification réciproque¹⁰⁴. Ce dernier distingue plusieurs formes de violence dans leurs rapports avec le droit. Il existe la violence fondatrice qui vient établir un droit nouveau renversant le droit existant ; la violence conservatrice qui est une violence utilisée comme moyen en vue de fins conformes au droit ; enfin, la violence destructrice du droit qui serait une forme de violence « pure » qui ne

¹⁰⁰ R. Cover, « Violence and the Word », *Faculty Scholarship Series*, 2708, 1986.

¹⁰¹ Il convient ici de reprendre la célèbre tirade citée par R. Cover « A. A violent order is disorder ; and B. A great disorder is an order. These Two things are one » (W. Stevens, « Connoisseur of Chaos », *The Collected Poems of Wallace Stevens*, 215, 1954).

¹⁰² F. Müller, « Travail de textes, travail de droit. La question linguistique dans la théorie structurante du droit », in O. Jouanjouan, F. Müller (dir.), *Avant dire droit*, Presses de l'Université de Laval, 2007, p. 36.

¹⁰³ Il serait ici question des rapports entre le droit et la sanction de sa violation. Il est toutefois pertinent de citer M. Foucault qui adopte une position proche de la nôtre : « La loi ne peut pas ne pas être armée et son arme par excellence c'est la mort ; à ceux qui la transgressent, elle répond au moins à titre d'ultime recours par cette nuance absolue. La loi se réfère toujours au glaive » (M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 1975, p. 190).

¹⁰⁴ Nous nous référons ici principalement à l'ouvrage *Critique de la violence* de W. Benjamin de 1921 (W. Benjamin, *Critique de la violence*, Payot, 2012).

demanderait ni ne voudrait rien¹⁰⁵. Il ne nous apparaît pas que l'idée de violence destructrice du droit appartienne au champ du réel. En effet, il est assez difficile de concevoir une violence qui n'a aucun but par rapport à l'ordre (juridique ou non) en place. Une colère pure porte nécessairement contre une représentation de la réalité, elle ne peut être totalement désintéressée de son environnement et de ses conditions d'émergence.

Toutefois, les deux autres types de violence (créatrice et conservatrice) semblent permettre d'appréhender les rapports entre droit et violence dans une perspective contextualiste. Ainsi, si une violence brute est qualifiée d'usage licite de la force (et donc n'est plus violente selon droit), tandis que précédemment une situation analogue¹⁰⁶ avait été qualifiée de violente alors la seconde est créatrice de droit. En effet, cette nouvelle violence vient modeler le droit en faisant varier son contenu. À l'inverse, si une situation factuelle violente est qualifiée de violente tout comme d'autres situations analogues, alors elle est violence conservatrice en permettant une interprétation constante du droit et donc une affirmation de celui-ci. Ainsi, les rapports entre violence et droit sont des rapports qui nécessitent, pour être déterminés, une contextualisation des interprétations.

Cette position théorique nécessite cependant des précisions terminologiques pour ne pas être source de mécompréhension.

2.2.2. Précisions terminologiques

Avant d'illustrer notre propos par des exemples tirés de la pratique, il convient de définir *a minima* ce qui est entendu dans cette étude par le terme de violence. En effet, une définition au moins négative de la violence est nécessaire au traitement du sujet. Comme indiqué précédemment, chaque concept étant *de facto* soumis à l'interprétation du lecteur, la signification de celui de violence doit être déterminée au préalable¹⁰⁷.

Sur le fondement de ce qui précède, il nous apparaît qu'il faille distinguer deux types de violence : une violence brute et une violence juridiquement qualifiée. Concernant la violence juridiquement qualifiée, la définition a déjà été abordée précédemment. Il s'agit en effet d'un cas de violence brute, qui, après examen par les acteurs juridiques, devient un « emploi

¹⁰⁵ Il est par ailleurs possible de rapprocher la violence destructrice du droit avec l'idée de la violence pure évoquée par Hannah Arendt dans son essai sur la violence de 1969 (H. Arendt, *Du mensonge à la violence*, Pocket, 2002).

¹⁰⁶ L'idée d'analogie des situations renvoie à l'idée de situations temporellement et/ou spatialement différentes mais mobilisant le même énoncé normatif avec des acteurs interprétateurs identiques.

¹⁰⁷ Pour un développement quant à la nécessité de définir les concepts employés dans toute étude juridique, voy. par exemple l'ouvrage d'O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 88-96).

illégitime ou du moins illégal de la force»¹⁰⁸. Une violence juridiquement qualifiée renvoie donc assez simplement à une violence brute n'ayant pas obtenu l'assentiment des acteurs juridiques. C'est davantage la définition de la violence brute, c'est-à-dire pré-qualification juridique, qui pose problème. En effet, cela renvoie à la problématique de la définition de la violence elle-même en tant que phénomène social.

Ainsi, comme l'explique Yves Michaud, il y a autant de définitions de la violence qu'il y a de tentatives de la définir¹⁰⁹. Chaque auteur, sociologue ou philosophe, a sa propre conception de la violence. Cette notion est par ailleurs constamment utilisée mais n'est jamais clairement définie. Cela peut s'expliquer par le caractère changeant de la notion : chaque période, chaque contexte ont leur propre conception de la violence. Cela peut par ailleurs être issu de l'effet performatif de la qualification d'une situation en situation violente. Définir une situation comme violente revient à attribuer une valeur à celle-ci. Ainsi, le terme de violence dans les années 1960 pouvait renvoyer en premier lieu à la violence révolutionnaire contre laquelle il fallait lutter alors qu'actuellement la violence est avant tout l'attribut des actions terroristes¹¹⁰. Cela nécessite par ailleurs de distinguer entre les violences et la violence¹¹¹. Le terme de violence renvoie au registre imaginaire, c'est-à-dire la violence telle que nous nous la représentons dans notre esprit. À l'inverse, lorsqu'il est question des violences, cela renvoie au registre réel c'est-à-dire les violences concrètes subies ou agies par des individus. Dans la présente étude, il n'est question que des violences dites réelles qui seront regroupées sous le terme de violence. Ainsi, il n'est pas question de la violence en tant que concept philosophique ou psychologique. De même, il faut distinguer entre la violence en acte qui se manifeste sous la forme d'actes physiquement constatables et la violence en situation qui est une violence diffuse et n'implique pas la survenance d'une situation conflictuelle¹¹². La présente étude, n'ayant pas pour objet d'étudier la violence en tant que composante consubstantielle à la société, se borne à la violence en acte. Nous retiendrons donc une définition très empirique de la violence. Comme le rapporte W. M. Reisman, « ne vaudrait-il pas mieux se concentrer sur le contexte, les contingences, les alternatives, les conséquences de leur emploi [de la violence] ou

¹⁰⁸ A. Lalande, *op. cit.*

¹⁰⁹ Y. Michaud, *La violence*, Presses universitaires de France, « Que sais-je ? », 2004.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Distinction opérée dans D. Martin, R. Fichelet et M. Fichelet, « Si la violence existe, discours du violent », *Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 3, p. 291-308.

¹¹² Distinction opérée dans J. Freund, *Sociologie du Conflit*, Presses universitaires de France, 1983, p. 100 et s.

de leur non-emploi »¹¹³ plutôt que de s'attacher à définir la violence en tant que notion juridique abstraite.

D'autre part, adopter une telle définition permet de ne pas amalgamer violence et guerre. La guerre est une notion plus restrictive car c'est une forme de violence mais c'est une « violence dirigée, ciblée et rationalisée »¹¹⁴. De même, cela permet de ne pas s'en tenir à la distinction classique entre droit de la paix et droit de la guerre. En effet, les juristes internationalistes ont tendance à distinguer les deux en champs juridiques autonomes avec d'un côté un droit de la paix organisant la coopération entre les États, et de l'autre un droit de la guerre régissant les cas où la coopération n'est pas présente et lorsque survient une intervention¹¹⁵. Cette distinction nous apparaît superficielle et ayant un objectif avant tout prescriptif. Distinguer les deux champs juridiques de la force et de la paix, c'est postuler l'absence de recours à la force dans la coopération entre États et à l'inverse l'absence de coopération dans le recours à la force. Cela revient par ailleurs à nier le caractère possiblement violent du droit de la paix, par exemple en cas de règlement judiciaire d'un différend.

Ce positionnement théorique engendre une méthode d'analyse pratique fondée sur l'analyse des interprétations par le lieu d'énonciation de ces dernières. Concernant les rapports entre le droit et la violence, il est possible de prendre la notion de légitime défense en droit international pour illustrer ce propos.

3. ILLUSTRATION : LA LEGITIME DEFENSE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Afin d'illustrer notre propos théorique précédemment exposé, il est possible de recourir à la notion de légitime défense en droit international. Cette notion est présente à l'article 51 de la Charte des Nations Unies qui énonce :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir

¹¹³ W. M. Reisman, « La conscience tourmentée : user et juger de la violence illicite », in W. M. Reisman, *L'École de New Heaven*, Collection Doctrine(s), LGDJ, 2010.

¹¹⁴ P. Chaunu, « Violence, guerre et paix », *Politique étrangère*, 1996, n° 4, p. 887-898.

¹¹⁵ À ce titre, voy. D. Kennedy, *International Legal Structure*, Nomos Publishers, 1987, p. 198.

à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales »¹¹⁶.

En effet, l'étude des invocations par les États de cet énoncé normatif permet de voir que la violence peut à la fois créer du droit nouveau (3.1) ou alors agir comme un gardien de l'ordre juridique actuel (3.2)¹¹⁷.

3.1. La violence fondatrice du droit

Avant de pouvoir tirer des conclusions théoriques sur les possibilités pour la violence de fonder un nouveau droit (3.1.2), il faut réaliser un exposé factuel permettant de saisir le processus interprétatif (3.1.1).

3.1.1. Exposé des faits : Le cas du 11 septembre 2001 et des interventions américaine et britannique en Afghanistan

Comme exposé précédemment, l'exercice du droit de légitime défense présent à l'article 51 de la Charte des Nations Unies suppose pour un État d'avoir subi une agression armée. Ainsi, un État ne peut *a priori* agir en légitime défense que contre l'État l'ayant directement agressé. Cette interprétation possède un statut majoritaire depuis l'adoption de la Charte. Il est par exemple possible d'illustrer cela par les multiples condamnations d'Israël par la communauté internationale lors de ses bombardements du Liban dans les années 1960-1970 justifiées par le soutien offert au Hezbollah par l'État libanais¹¹⁸. De nombreux exemples en ce sens peuvent être trouvés¹¹⁹. Cependant, cette interprétation va perdre sa position presque hégémonique à l'occasion de l'intervention des Américains et des Britanniques en Afghanistan suite aux attentats du 11 septembre 2001. Ainsi, une *violence brute* va entraîner l'admission, nécessairement contextuelle, d'un droit nouveau : le droit de légitime défense en cas d'agression indirecte.

¹¹⁶ Article 51 de la Charte des Nations Unies. Pour une présentation détaillée de cette notion voy. par ex. R. Kolb, *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, Helbing & Lichtenhahn, 2009 ; ou encore O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2^e édition, Pédone, 2014.

¹¹⁷ Il est cependant à noter qu'il s'agit ici d'une illustration du propos théorique précédent et non d'une analyse exhaustive de la question de l'interprétation contextuelle de la légitime défense par les États.

¹¹⁸ Voir par exemple M. C. Adler, *The inherent right of self defense*, Springer Netherlands, 2013, p. 137 et s. ; ou encore les débats au Conseil de sécurité : *S/PV.1643* du 26 février 1972 et *S/PV.1650* du 26 juin 1972 ; *S/PV.1460* du 29 décembre 1968 ; *S/PV.1643* du 26 février 1972 ; *S/PV.1650* du 26 juin 1972.

¹¹⁹ Pour un exposé exhaustif concernant le refus de l'agression indirecte avant les attentats du 11 septembre 2001, voy. notamment O. Corten, *op. cit.*, p. 743 et s. ou encore M. C. Adler, *op. cit.*, p. 160 et s.

À la suite des attentats du 11 septembre 2001 par Al-Qaida aux États-Unis, ces derniers avec l'aide des Britanniques, de l'Australie ainsi que d'autres pays, vont envahir l'Afghanistan et occuper une partie de son territoire¹²⁰.

Le Conseil de sécurité va alors prendre une résolution qui, sans surprise, est pleine d'ambiguïté mentionnant toutefois qu'il

« reconnaît le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective » et « Appelle tous les États à travailler ensemble de toute urgence pour traduire en justice les auteurs, organisateurs et commanditaires de ces attaques terroristes et souligne que ceux qui portent la responsabilité d'aider, soutenir et héberger les auteurs, organisateurs et commanditaires de ces actes devront rendre des comptes »¹²¹.

Dans sa déclaration sur la loi d'autorisation américaine d'envoi de forces armées, le Président américain énonce que :

« Those who plan, authorize, commit, or aid terrorist attacks against the United States and its interests – including those who harbor terrorists – threaten the national security of the United States. It is, therefore, necessary and appropriate that the United States exercise its rights to defend itself and protect United States citizens both at home and abroad »¹²².

Ainsi il est postulé à travers ce texte, un droit de légitime défense face aux États ayant soutenu le terrorisme d'une quelconque manière. Cela car ils se seraient indirectement rendus coupables d'une agression armée. En effet, les États-Unis ont immédiatement invoqué la légitime défense devant les instances internationales pour riposter à l'agression indirecte constituée par les attentats du 11 septembre 2001 sans cependant prétendre qu'une telle agression était imputable à l'État afghan :

« D'ordre de mon gouvernement, j'ai l'honneur de faire savoir que, conformément à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, les États-Unis d'Amérique ont engagé avec d'autres États des actions dans l'exercice de leur droit de légitime défense individuelle et collective à la suite des attaques armées perpétrées contre eux le 11 septembre 2001 »¹²³.

¹²⁰ Pour un exposé détaillé de l'attitude américaine à ce moment voir M. C. Adler, *op. cit.*, p. 160 et s.

¹²¹ Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1368 (2001) sur la menace à la paix et la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, 12 septembre 2001.

¹²² *President Signs Authorization for Use of Military Force Bill, Statement by the President*, The White House, 18 septembre 2001.

¹²³ S/2001/946, Lettre du Représentant des États-Unis au Président du Conseil de sécurité du 7 octobre 2001.

Il apparaît qu'à la suite de ces déclarations, de nombreux États ont indiqué leur soutien à l'administration américaine¹²⁴ et leur accord avec le fondement juridique invoqué. On peut à titre d'exemple évoquer la réponse faite par les 19 États membres de l'OTAN¹²⁵ :

« Le 12 septembre, le Conseil de l'Atlantique Nord a tenu une nouvelle réunion, au lendemain des effroyables attaques menées contre les États-Unis d'Amérique. Le Conseil a décidé que, s'il est établi que cette attaque était dirigée depuis l'étranger contre les États-Unis, elle sera assimilée à une action relevant de l'Article 5 du Traité de Washington, qui stipule qu'une attaque armée contre l'un ou plusieurs des pays alliés, en Europe ou en Amérique du Nord, sera considérée comme une attaque dirigée contre tous les Alliés. (...) L'engagement en faveur de la légitime défense collective, tel qu'il est inscrit dans le Traité de Washington, avait été pris à l'origine dans des circonstances très différentes de celles qui prévalent maintenant, mais il n'en demeure pas moins valable et essentiel aujourd'hui, dans un monde confronté au fléau que constitue le terrorisme international »¹²⁶.

Puis :

« L'exposé a porté sur les événements du 11 septembre, sur les résultats de l'enquête connus à ce jour, sur ce que l'on sait d'Oussama ben Laden et de l'organisation Al-Qaida, sur leur rôle lors des attaques et lors de précédentes activités terroristes, ainsi que sur les liens entre Al-Qaida et le régime taliban en Afghanistan. Les faits sont clairs et ne laissent subsister aucun doute. Les informations présentées pointent de façon concluante vers un rôle d'Al-Qaida dans les attaques du 11 septembre. Nous savons que les individus qui ont perpétré ces attaques faisaient partie du réseau terroriste mondial d'Al-Qaida, dirigé par Oussama ben Laden et ses principaux lieutenants, sous la protection des talibans. Sur la base de cet exposé, il est à présent établi que l'attaque du 11 septembre contre les États-Unis était dirigée depuis l'étranger et qu'elle sera donc assimilée à une action relevant de l'Article 5 du Traité de Washington, qui stipule qu'une attaque armée contre l'un ou plusieurs des Alliés survenant en Europe ou en Amérique du Nord sera considérée comme une attaque dirigée contre eux tous. Je tiens à répéter que les États-Unis d'Amérique peuvent compter sur le plein soutien de ses dix-huit Alliés membres de l'OTAN dans la campagne contre le terrorisme »¹²⁷.

De même, l'Organisation des États américains va quant à elle prendre une résolution énonçant :

« CONSCIENT que l'article 2 de la Charte de l'OEA proclame que l'un des buts essentiels de l'Organisation est d'organiser l'action solidaire des États membres en cas d'agression,

¹²⁴ M. Poulain, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : quelques points de repère », *Annuaire français de droit international*, 2002, vol. 48, p. 27-48.

¹²⁵ À savoir : Allemagne, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Grèce, Hongrie, Italie, Islande, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Tchéquie, Turquie.

¹²⁶ Déclaration du Conseil de l'Atlantique Nord du 12 septembre 2001 : <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124f.htm>.

¹²⁷ Déclaration du Secrétaire Général de l'Organisation du Traité Atlantique Nord, Lord Robertson du 2 octobre 2001 : <http://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002b.htm>.

CONSIDÉRANT que la perpétration des actes terroristes, ainsi que l'appui direct ou indirect apporté pour la commission de ces actes ne sont pas compatibles avec l'exercice effectif de la démocratie représentative, et que la démocratie représentative est indispensable à la stabilité, à la paix et au développement des Amériques,

CONVAINCU que ceux qui ont perpétré ces actes terroristes s'appuient sur un réseau international de support qui peut disposer de plusieurs filières dans notre propre Continent, et que ceux qui se font complices des organisations terroristes ou les recèlent, sont responsables des actes perpétrés par ces terroristes,

1. De condamner à titre d'attaque contre tous les États des Amériques, les actes de terrorisme perpétrés sur le territoire des États-Unis d'Amérique le 11 septembre 2001, lesquels actes se sont soldés par l'assassinat de milliers de citoyens de plusieurs États membres ainsi que de ceux d'autres nations. [...]

4. D'appeler les gouvernements des États membres et tous les autres gouvernements à recourir à tous les moyens nécessaires et à leur portée pour poursuivre, capturer et sanctionner les auteurs de ces attaques, et de prévenir des attaques additionnelles »¹²⁸.

Enfin le Conseil européen va s'exprimer suivant ces termes :

« Le Conseil européen est entièrement solidaire avec le peuple américain face aux attentats terroristes meurtriers. Ces attentats constituent une attaque contre nos sociétés ouvertes, démocratiques, tolérantes et multiculturelles. Ils interpellent la conscience de chaque être humain. L'Union européenne coopérera avec les États-Unis pour traduire en justice et punir les auteurs, les responsables et les complices de ces actes barbares. Sur la base de la résolution 1368 du Conseil de Sécurité, une riposte américaine est légitime. Chacun selon ses moyens, les pays membres de l'Union sont prêts à s'engager dans de telles actions. Les actions doivent être ciblées. Ces actions peuvent également être dirigées contre les États qui aideraient, soutiendraient ou hébergeraient des terroristes »¹²⁹.

Ainsi, il est possible d'attester d'une forme de soutien généralisé des États à l'intervention américaine. Il existe cependant quelques contestations, par exemple de l'Organisation de la Conférence Islamique¹³⁰ mais elles demeurent profondément minoritaires¹³¹.

¹²⁸ CP/RES. 796 (1293/01) du 19 septembre 2001 : http://www.oas.org/oaspage/crisis/res796_fr.htm.

¹²⁹ Conclusions et plan d'action du Conseil européen du 21 septembre 2001 : <http://www.europa.eu.int/news/110901/september.htm>

¹³⁰ « [...] 11. La Conférence s'est dite préoccupée par le fait que la lutte contre le terrorisme pourrait faire des victimes parmi les innocentes populations civiles en Afghanistan. Elle a réaffirmé la nécessité de garantir l'intégrité territoriale de ce pays et préserver son identité islamique. Elle a refusé le fait qu'un État islamique ou arabe puisse être visé sous le prétexte de la lutte contre le terrorisme » (*Communiqué final de la 9e session extraordinaire de la Conférence islamique des ministres des Affaires étrangères*, 10 octobre 2001 : <http://www.oic-oci.org/press/french/activity.htm>).

¹³¹ Pour un exposé exhaustif de la position de tous les États sur la question, voy. : <https://iusadbellum.files.wordpress.com/2011/07/afghanistan-2001.pdf>.

3.1.2. Incidences théoriques

Dès lors, ici une violence brute constituée en l'espèce par les attentats du 11 septembre, va entraîner la fondation d'un droit nouveau sans qu'un changement de texte n'ait lieu¹³². En effet, dans l'argumentation américaine le simple fait d'héberger (« *harbor* ») des terroristes constitue une agression indirecte. Cela diffère donc de la conception « classique » telle qu'énoncée par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*¹³³ indiquant notamment des critères de contrôle et/ou de soutien aux groupes armés auteurs de l'agression. Il est possible de résumer le processus à l'œuvre ici à travers le schéma suivant.

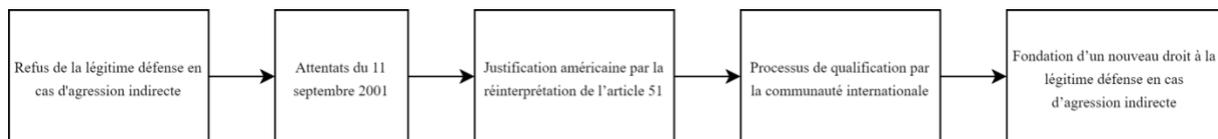


Schéma n° 1 : Exemple de violence fondatrice de droit

Ainsi, il n'est pas possible de dire que le droit n'a rien à voir avec la violence. En effet, cette dernière peut entraîner la construction d'une nouvelle situation interprétative. Nous sommes donc bien ici dans un rapport de co-construction au sens où la violence génère une nouvelle situation juridique et l'ordre juridique opère une qualification de la situation comme n'étant pas violente en l'intégrant en son sein. De ce fait, le droit opère par contraste une redéfinition de ce qu'est la violence. L'action américaine n'est pas une violence qualifiée donc la conception qu'a l'ordre juridique de la violence s'en trouve modifiée.

Il est par ailleurs à noter que cette réinterprétation n'a pas besoin d'être partagée par tous les États pour devenir valable. S. Kripke, dans son analyse du paradoxe de Wittgenstein exposée précédemment, avance que la solution à ce paradoxe se trouve dans l'ajout d'un aspect communautaire. Il énonce en effet qu'en se rapportant à la communauté à laquelle appartient l'acteur soumis à une règle il est alors possible d'obtenir un critère pour juger de la licéité de la pratique¹³⁴. En effet, la pratique individuelle de l'acteur ne devient licite par rapport à la règle que dans le cas où elle concorde avec la pratique communautaire. Une pratique ne devient conforme à la règle que si elle participe ou copie le « consensus général » régnant au sein de la

¹³² Pour voir une démonstration de ce changement d'interprétation, voy. S. Ratner, « *Ius ad bellum and Ius in bello after September 11* », *AJIL*, 2002, p. 906-910. Pour un avis contraire, voy. O. Corten, *op.cit.*, p. 750 et s.

¹³³ Cour Internationale de Justice, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua contre États-Unis d'Amérique), arrêt, fond, 27 juin 1986, §§ 194-195.

¹³⁴ S. Kripke, *op.cit.*, p. 105-108.

communauté concernée¹³⁵. Ainsi, connaître d'une règle, c'est connaître du consensus autour de la croyance partagée qu'une certaine pratique correspond à la façon correcte de suivre la règle.

Cela rejoint par ailleurs l'existence d'un droit coutumier de la légitime défense reconnu par la Cour internationale de justice¹³⁶. En effet, la coutume étant une « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit »¹³⁷, l'existence d'un nouveau consensus quant au droit de légitime défense entraîne une modification de celui-ci. Cependant, cette modification de la coutume ne préjuge pas d'une absence de changement de l'interprétation de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. En effet, les États-Unis ayant explicitement invoqué le texte de la Charte des Nations Unies, le consensus (et donc l'évolution du droit) se place à la fois dans les champs coutumier et conventionnel.

À la lumière de ces observations, il apparaît que l'illicéité d'une pratique n'intervient que lorsqu'un acteur commet des actes déviants de la croyance générale. Ainsi, pour connaître de la signification d'un énoncé normatif, il n'est pas pertinent de recourir aux règles interprétatives qui sont censées régir son interprétation mais il est nécessaire d'étudier la pratique communautaire relative à celle-ci. Dans une perspective proche, il est possible de recourir à la distinction entre les conceptions réaliste et pragmatique de la vérité interprétative¹³⁸. La conception réaliste reviendrait à dire que la vérité est établie par correspondance avec la réalité, ce qui est vrai est ce qui est. À l'inverse, la conception pragmatique renvoie à l'idée que la vérité ne copie pas la réalité mais émerge d'un consensus atteint au sein d'une communauté donnée. Ainsi, pour connaître du vrai, il faut connaître de la qualité qui est attachée à telle représentation de la réalité. Une représentation de la réalité consensuellement acceptée devient la vérité. Chaïm Perelman, *via* le recours à l'idée de clarté du texte rejoint par ailleurs cette vision. Il énonce en effet qu'une « notion est claire non pas indépendamment de son contexte, mais parce que, dans des contextes connus, on n'entrevoit pas de cas où son application pourrait raisonnablement prêter à controverse »¹³⁹. Dès lors, « la controverse n'est pas le droit d'une obscurité intrinsèque de la règle, mais du désaccord sur ses

¹³⁵ *Ibid.*, p. 112.

¹³⁶ Cour internationale de Justice, *Affaire des Activités militaires*, *op. cit.*, § 194.

¹³⁷ *Statut de la Cour Internationale de Justice*, article 38.

¹³⁸ À cet égard, voy. W. James, *Pragmatism A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Barnes & Noble, 2003.

¹³⁹ C. Perelman, « De l'évidence en métaphysique », *Le champ de l'argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 244.

implications précises »¹⁴⁰. Ainsi, la clarté tient à l'absence de controverse dans les contextes considérés¹⁴¹.

En l'espèce, il y a un consensus (même si non unanime) qui entraîne la validité de la nouvelle interprétation de l'article 51. Ainsi, la nouvelle interprétation fait suite à une violence brute qui entraîne une interprétation nouvelle, qui elle-même entraîne un processus de qualification qui entraîne un consensus qui entraîne une nouvelle vérité juridique. Dès lors, il est possible d'affirmer que la violence est créatrice de droit.

Bien sûr, cela ne veut pas dire que ce droit créé par une situation violente reste immuable. Comme exposé précédemment, une vérité juridique ne vaut que pour un contexte donné. En effet, nul doute qu'une autre situation violente pourra engendrer un retour à l'ancienne interprétation. En l'espèce, en s'intéressant par exemple au cas de l'intervention en Syrie dans le cadre de la lutte contre l'État islamique, les fondements juridiques invoqués mêlent à la fois légitime défense individuelle et collective et autorisation du Conseil de sécurité¹⁴². Ainsi, il s'agit surtout ici de montrer le rôle de la violence dans le processus interprétatif et non pas son rôle sur l'évolution du droit sur le long terme.

À l'inverse de la situation présentée ici où la violence est créatrice de droit, il existe des situations où la violence va être conservatrice de droit dans le sens où elle va entraîner une confirmation d'une interprétation déjà présente.

3.2. La violence conservatrice du droit

Comme pour le cas vu précédemment, il est nécessaire de mettre en exergue les faits pertinents (3.2.1) afin d'en déduire les incidences théoriques relatives aux rapports entre le droit et la violence (3.2.2).

3.2.1. Exposé des faits : Le cas du bombardement du réacteur d'Osirak en 1981

Israël a, en 1981, bombardé un réacteur irakien situé à Osirak. Durant cette période, l'Irak ambitionnait de construire un réacteur nucléaire sur son sol grâce au concours de

¹⁴⁰ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10^e édition, 2012, p. 172.

¹⁴¹ Cependant nous ne rejoignons pas ici C. Perelman sur la pertinence de l'idée de raisonnable qui tout en étant impossible à définir clairement, varie lui aussi selon les contextes.

¹⁴² À ce titre, voy. F. Latty « Le brouillage des repères du jus contra bellum. À propos de l'usage de la force par la France contre Daech », *Revue générale de Droit international public*, 2016, t. CXX, n° 1, p. 12-39. De même, concernant la résolution 2249 du Conseil de sécurité, elle forme elle-même un texte très ambigu au niveau juridique et aux motivations profondément politiques. Voy. F. Couveinhes-Matsumoto, « Chronique des faits internationaux : Conseil de Sécurité/Syrie – Lutte contre le terrorisme, Résolution 2249 (2015) : soutien politique aux bombardements et non autorisation juridique », *Revue générale de Droit international public*, 2016, n° 1.

plusieurs puissances étrangères. L'État d'Israël voyant alors ce dernier comme un instrument pour le détruire décida de neutraliser l'installation irakienne au moyen d'un bombardement aérien. Le bombardement causera la destruction du réacteur ainsi que d'un centre de recherche nucléaire proche où était notamment présent un technicien français¹⁴³. Pour se justifier, Israël va explicitement invoquer la légitime défense préventive¹⁴⁴. L'État hébreu va arguer d'une évolution interprétative de la portée du droit de légitime défense :

« En fait, la notion du droit d'un État à la légitime défense n'a jamais changé à travers l'histoire. Cependant, sa portée s'est considérablement élargie au fur et à mesure que la capacité de l'homme de semer la destruction chez ses ennemis a progressé. Par conséquent, cette notion a pris des applications nouvelles et plus larges avec l'avènement de l'ère nucléaire. Quiconque pense autrement ne tient nullement compte des réalités horribles du monde dans lequel nous vivons aujourd'hui. Cela est particulièrement vrai pour les États de petite dimension dont la vulnérabilité est très grande et la capacité de survivre à une attaque nucléaire très limitée »¹⁴⁵.

Le discours israélien ici présenté semble indiquer que cet État considère que l'émergence d'une nouvelle forme de violence entraîne une évolution du droit de légitime défense. Dès lors, apparaît ici clairement le rôle que peut jouer la violence dans le processus interprétatif alors même qu'il n'est pas question de violence réalisée mais de violence hypothétique. Il n'est pas ici question d'avancer une utilisation de la violence comme prétexte de la part d'Israël, car rien ne permet de connaître de l'intention réelle de cet État. Cependant, dans une optique descriptive, il est possible d'avancer que la violence même non advenue peut intervenir dans le processus interprétatif et donc dans l'édiction du droit tel qu'il est ou sera.

En réaction à cela, le Conseil de sécurité va adopter à l'unanimité la résolution 487 condamnant fermement l'action israélienne :

« Considérant que, aux termes du § 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, "les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies."

1 ° Condamne énergiquement l'attaque militaire menée par Israël en violation flagrante de la Charte des Nations Unies et des normes de conduites internationales ;

¹⁴³ C. Rousseau « Chronique des faits internationaux », *Revue générale de Droit international public*, 1982 p. 161.

¹⁴⁴ S/PV.2288 du 19 juin 1981, p. 9, § 79.

¹⁴⁵ S/PV.2288, *op. cit.*, p. 9, § 85.

2 ° Demande à Israël de s'abstenir à l'avenir de perpétrer des actes de ce genre ou de menacer de le faire »¹⁴⁶.

Il est intéressant de noter que même les États-Unis, détenteur du droit de veto et soutien d'Israël ont voté en faveur de cette résolution. Cette position a semble-t-il été motivée par un souci de préservation de la paix et non par une illicéité de l'action israélienne¹⁴⁷, l'argumentation semblant faire porter la responsabilité de l'action israélienne sur le comportement irakien¹⁴⁸. Ainsi, l'usage américain du veto semble davantage motivé par le maintien d'un *statu quo* interprétatif que par une condamnation ferme de l'interprétation israélienne. Dans la même optique, l'Assemblée générale va condamner l'action israélienne dans la résolution 36/27 avec seulement deux voix contre (sans surprise, Israël et les États-Unis)¹⁴⁹. Il apparaît donc que contrairement au cas de l'invasion de l'Afghanistan précédemment évoqué, la prétention à une évolution du droit est stoppée par une mobilisation très large de la communauté internationale.

En posant un parallèle avec le cas de l'intervention américaine lors de la Seconde guerre du Golfe, il est intéressant de noter que les États-Unis pour intervenir ne mentionneront pas la légitime défense préventive face à la menace nucléaire irakienne mais la violation des différentes résolutions du Conseil de sécurité sur le sujet¹⁵⁰. Ainsi, les États-Unis semblent, concernant la légitime défense, se placer dans une continuité interprétative par rapport au cas israélien. En effet, ayant refusé l'argument de légitime défense israélien en 1981 par un vote affirmatif à l'adoption de la résolution 487, ils ne reprennent pas la même argumentation que l'État hébreu pour leur propre intervention en Irak en 2003.

3.2.2. Incidences théoriques

La violence a ici un rôle de *conservation* vis-à-vis de l'énoncé normatif. En effet, la légitime défense préventive est, en 1981, assez largement rejetée¹⁵¹ avec cependant l'existence d'un débat sur le sujet lors de certaines occasions¹⁵². Lorsqu'Israël attaque le réacteur d'Osirak,

¹⁴⁶ CSNU, *Résolution 487 (1981)*, 19 juin 1981.

¹⁴⁷ S/PV.2288, p. 4, §§ 27-28.

¹⁴⁸ Il est ainsi évoqué que les États-Unis ont été « choqués par l'attaque aérienne israélienne » tout en affirmant qu'Israël « avait des raisons de s'inquiéter étant donné l'attitude passée de l'Irak », *Ibid.*

¹⁴⁹ Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution 36/27*, 13 novembre 1981.

¹⁵⁰ Voy. notamment avant l'intervention : A/57/PV.2, 12 septembre 2002, p. 10 ; S/PV.4625, 17 octobre 2002, p. 11 ; S/PV.4644, 8 novembre 2002, p. 4 ; S/PV.4701, 5 février 2003, p. 19. Concernant la justification post-intervention voy. S/PV.4726, 27 mars 2003, p. 27). Pour un exposé détaillé de l'argumentation américaine voy. par ex. M. O'Connell, « La doctrine américaine », *Annuaire français de droit international*, vol. 49, 2003, p. 3-16.

¹⁵¹ À ce sujet, voy. O. Corten, *op. cit.*, p. 650 et s.

¹⁵² Nous pouvons toutefois citer par exemple les débats ayant eu lieu lors de l'adoption de la résolution 3314 de l'Assemblée générale relative à la définition de l'agression. À cette occasion, certains États vont défendre la

il se crée un consensus¹⁵³ autour de la condamnation du bombardement. Cela génère ensuite une affirmation de l'interprétation majoritaire concernant la légitime défense préventive. Nous pouvons représenter cela par le schéma suivant :

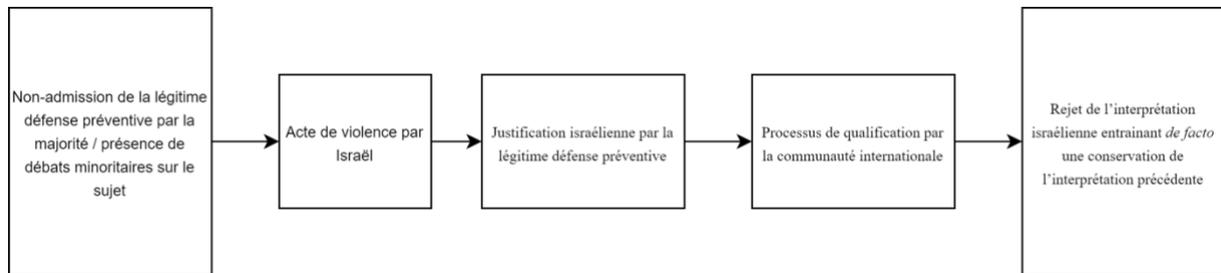


Schéma n° 2 : Exemple de violence conservatrice du droit

Il serait envisageable d'objecter à ce constat, le fait que la violence n'ait ici aucun impact sur le droit au sens où l'interprétation majoritaire ne varie pas. Cependant, cette critique n'est pas fondée car la violence entre nécessairement dans le processus de qualification de la situation. Dès lors, la violence brute joue un rôle dans la représentation du réel que se font les acteurs internationaux même si ce rôle est conservateur de l'interprétation préétablie. Par ailleurs, l'argumentation américaine lors de la Seconde guerre du Golfe vient renforcer ce constat car la légitime défense n'étant pas invoquée comme constituant le fondement à l'intervention, elle se retrouve confirmée dans son acception présente en 1981. Dès lors, l'absence de mobilisation d'un énoncé normatif face à une situation analogue pour laquelle il été précédemment avancé entraîne *a contrario* sa redéfinition¹⁵⁴.

De même, le droit lui-même joue un rôle quant à la définition même de ce qu'est la violence en tant que violence qualifiée. Ici, et contrairement au cas précédent, le recours à la violence est vu comme n'étant pas conforme au droit. Cela entraîne le passage d'une violence brute à une violence qualifiée. En effet, le fait générateur du déclenchement du processus interprétatif (la violence brute) est interprété comme constituant un acte violent au regard de l'ordre juridique et devient une violence juridique qualifiée comme telle. En l'espèce, le bombardement israélien justifié par la légitime défense est perçu par les acteurs internationaux comme étant un acte de violence qui existe tant dans le champ du fait (violence brute) que dans

légitime défense préventive (voy. par ex. : *A/C.6/SR.290*, 16 janvier 1952 ; *A/C.6/SR.410*, 28 octobre 1954 ; *A/C.6/SR.1351*, 6 novembre 1972 ; *A/C.6/SR.1474*, 11 octobre 1974).

¹⁵³ Au sens entendu précédemment, voy. *supra*. 3.1.

¹⁵⁴ Cette redéfinition pouvant être conservatrice (redéfinition venant valider l'interprétation précédente) ou modificatrice (redéfinition venant invalider l'interprétation précédente) du droit.

le champ du droit (violence qualifiée). Le passage de l'un à l'autre est alors opéré à travers le processus interprétatif quant à la légitime défense et au développement d'un consensus sur la question. Dès lors, l'action israélienne participe à la construction de ce que le droit considère comme violence, c'est-à-dire que la définition même de la violence se trouve « affinée » par le droit.

CONCLUSION

À travers les deux exemples présentés ci-dessus, il apparaît assez clairement que la violence rentre dans un rapport de co-construction avec le droit. Il devient en effet difficile de soutenir l'existence d'une forme d'opposition par essence entre droit et violence car les interactions entre les deux peuvent amener à des vérités diamétralement opposées et variables dans le temps et l'espace. Le droit est à la fois l'outil venant définir ce qu'est la violence mais est lui-même modelé par celle-ci à travers le processus interprétatif. Ce processus interprétatif se fonde sur deux éléments : la qualification par les acteurs de la situation violente et la mobilisation de l'énoncé normatif correspondant. Lorsque la situation violente se trouve qualifiée comme ne rentrant pas dans le cadre de ce que permet l'énoncé normatif tel qu'interprété alors nous obtenons une situation de violence qualifiée. À l'inverse, lorsque la situation violente se trouve qualifiée comme rentrant dans le cadre de l'énoncé normatif, elle perd son caractère violent eu égard à l'ordre juridique et devient un recours à la force. Cette analyse ne vaut alors que pour un contexte donné car une situation analogue peut subvenir à tout moment et relancer le processus interprétatif.

Cela amène donc à l'existence de deux mouvements réciproques entre le droit et la violence :

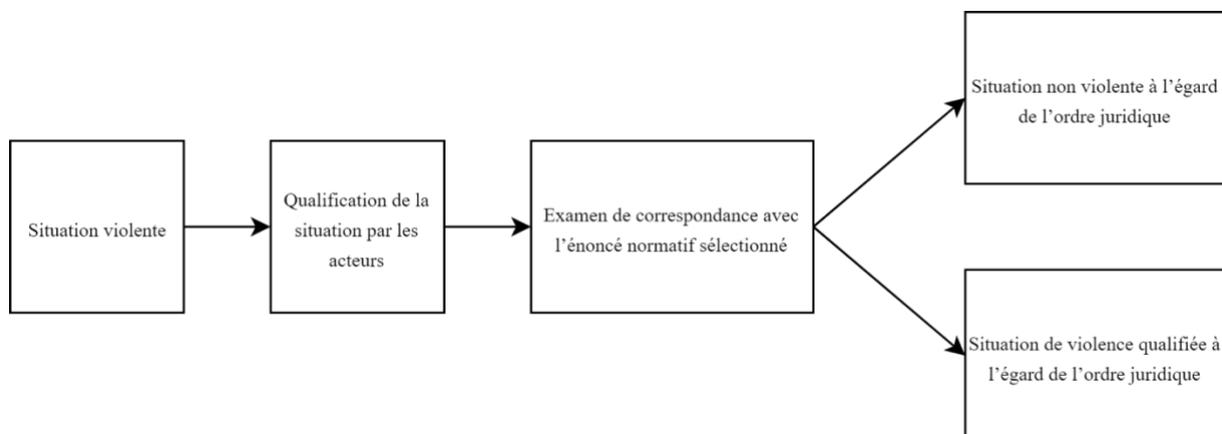


Schéma n° 3 : Construction du droit par la violence

DU RAPPORT ENTRE LE DROIT ET LA VIOLENCE

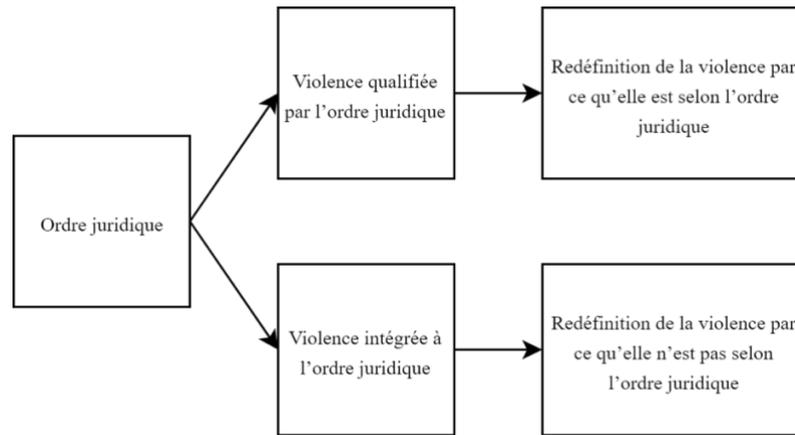


Schéma n° 4 : Construction de la violence par le droit

Cette approche des rapports entre le droit et la violence permet par ailleurs de résoudre la distinction entre violence et force et plus précisément de ne pas amalgamer étude des rapports entre droit et force et entre droit et violence. La distinction entre les deux se place sur le champ de la terminologie. En effet, la force renvoie à un concept au moins partiellement identifié au sein de l'ordre juridique international. À l'inverse, la violence se place sur le terrain du fait ou du moins de la représentation de situations factuelles¹⁵⁵. Ainsi, parler de force renvoie à des définitions (toujours sujettes à interprétation) déjà présentes au sein de l'ordre juridique¹⁵⁶. À l'inverse, parler de violence, renvoie à la question de la perception de situations factuelles et de leur inclusion dans l'ordre juridique. La violence n'est pas intégrée à l'ordre juridique à travers une définition *a priori* et l'étudier ne revient pas à étudier une forme de « régime juridique de la violence » mais plutôt un champ discursif qui vient modeler l'ordre juridique.

Afin d'adopter une position ne se fondant pas sur une représentation préétablie de ce que sont les rapports entre le droit et la violence, il faut utiliser comme point de départ non pas l'ordre juridique mais l'ordre discursif. Se placer dans le champ discursif permet de ne pas être tenu par des définitions préexistantes mais plutôt de partir du discours pour terminer par établir des définitions. Ainsi, en se fondant sur l'étude des rapports entre le droit et la violence il est possible d'appréhender la question du régime juridique du recours à la force sans se risquer à définir les concepts avant même d'étudier leur signification émergeant du processus interprétatif. De ce fait, étudier les rapports entre le droit et la violence permet d'étudier les rapports entre le droit et la force sans être tenu par des représentations qui se trouvent intégrées

¹⁵⁵ Cette distinction doit toutefois être cantonnée au plan terminologique car, comme énoncé précédemment, les rapports entre droit et violence sont des rapports de construction réciproque.

¹⁵⁶ Dans le domaine du droit international public, il est par exemple pertinent de penser à la définition de l'agression présente dans la *Résolution 3314* de l'Assemblée générale des Nations unies ou dans la Charte elle-même, à travers son interdiction du recours à la force et ses exceptions.

consciemment ou non à travers l'étude classique du droit. Cela rejoint ainsi la perspective déconstructiviste exposée au début de cet article.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL:
*A Comparative Approach to Antitrust Enforcement Against No-Poaching
Agreements*

Valentin Depenne*

Table of content

INTRODUCTION	242
1. ANTITRUST LAW'S PARADIGM OF THE WORKER.....	246
1.1. RESTRAINTS IN THE LABOR MARKET UNDER THE NEOCLASSICAL ECONOMIC THEORY.....	246
1.2. THE TREATMENT OF RESTRAINTS ON WORKERS UNDER ANTITRUST LAWS: PER SE RULE V. RULE OF REASON	249
2. THE APPARENT SHIFT OF U.S. ANTITRUST ENFORCEMENT.....	251
2.1. PUBLIC ENFORCEMENT: THE FORMALIZATION OF ENFORCEMENT POLICY	251
2.2. THE CALL TO STRONG ENFORCEMENT: PRIVATE ENFORCEMENT	255
2.3. THE STRATEGY OF TANDEM ENFORCEMENT.....	257
3. THE MULTI-FACETED EUROPEAN ENFORCEMENT	258
3.1. COMPETITION ENFORCEMENT IN THE EUROPEAN UNION	259
3.2. CHALLENGES ON NON-COMPETITION GROUNDS IN THE EUROPEAN UNION.....	262
4. RELEVANCE AND EFFICIENCY OF THE ANTITRUST ENFORCEMENT STRATEGY	265
4.1. IS ANTITRUST WELL EQUIPPED TO ANSWER THE ISSUE OF POPULISM?.....	265
4.2. RISING ISSUES IN THE ENFORCEMENT AGAINST NO-POACHING AGREEMENTS	268
CONCLUSION	270

* LL.M., expected 2019, Fordham University School of Law. I would like to thank Laurence Sorkin and the staff of the Sorbonne Student Law Review for their constructive critique and helpful comments on earlier drafts. I alone take responsibility for the errors contained in this Article. Please send any comments and corrections on this draft to vdepenne@fordham.edu.

Abstract

The infamous “no-poaching” agreements, which prevent an employer from poaching his competitor’s employees, have recently been in the focus of the U.S. Department of Justice antitrust enforcement policy. Once considered a tool reserved for high-tech companies in Silicon Valley which were seeking to preserve their trade secrets and the know-how of their workforce by any means, recent cases show that these agreements could also apply to a low qualified workforce like those in the fast-food industry. American antitrust enforcers announced a shift of enforcement policy against what they consider as per se illegal restraints of trade in the labor market and pledged to bring criminal charges against the individuals who implement such agreements. On the other side of the Atlantic, their European counterparts do not seem to be as alert on this matter. Not that restraints of trade in the labor market cannot be found in Europe, but they are not only treated under competition law analysis. They are often treated under other theories in labor, commercial and contract law. The contrast between these two enforcement policies shed light on the interests that guide American enforcers: in the wake of populism, antitrust appears as a strong answer to the concerns of consumers and the employees, in the same way that antitrust was created and developed to address the adverse effects of economic concentration on wages and the purchasing power. This answer, however, could hit a wall if it expects to resolve all of the problems with one solution. The interactions between antitrust and labor are complex, and an antitrust enforcement policy cannot entirely rely on its enforcer’s zeal. Although strong enforcement against naked restraint on labor is necessary, an appropriate balance should be struck.

Résumé

Les tristement célèbres accords de « non-débauchage », qui empêchent un employeur de débaucher les employés de ses concurrents, ont récemment été au cœur de la mise en œuvre de la politique antitrust du Département de la Justice des États-Unis. Autrefois considéré comme un outil réservé aux entreprises de haute technologie de la Silicon Valley qui cherchaient à préserver par tous les moyens leurs secrets commerciaux et le savoir-faire de leur main-d’œuvre, des cas récents montrent que ces accords pourraient également s’appliquer à une main-d’œuvre peu qualifiée comme celle de la restauration rapide. Les autorités antitrust américaines ont annoncé un changement de leur politique de mise en œuvre du droit antitrust contre ce qu’elles considèrent comme des entraves illégales « per se » au commerce

sur le marché du travail et promettent d'engager des poursuites pénales contre les personnes qui appliquent ces accords. De l'autre côté de l'Atlantique, leurs homologues européens ne semblent pas aussi alertes en la matière. Ce n'est pas tant que l'on ne puisse trouver en Europe de restrictions au commerce sur le marché du travail, mais plutôt que celles-ci ne soient pas uniquement traitées dans le cadre du droit de la concurrence. Elles sont souvent traitées sous d'autres théories en droit du travail, en droit commercial et en droit des contrats. Le contraste entre ces deux politiques de mise en œuvre met en lumière les intérêts qui guident les autorités américaines : à l'heure d'une montée du populisme, l'antitrust apparaît comme une réponse forte aux préoccupations des consommateurs et des salariés, de la même façon que l'antitrust a été créé et développé pour répondre aux effets négatifs de la concentration économique sur les salaires et le pouvoir d'achat. Cette réponse, cependant, pourrait se heurter à un mur si elle s'attend à résoudre tous les problèmes avec une seule solution. Les interactions entre antitrust et travail sont complexes, et une politique de mise en œuvre du droit antitrust ne peut pas entièrement reposer sur le zèle de son responsable. Bien qu'il soit nécessaire d'appliquer vigoureusement le droit antitrust contre ces pratiques anticoncurrentielles sur le marché travail, un équilibre approprié devrait être trouvé.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

INTRODUCTION

In August 2018, eight fast-food chains entered into an agreement with the Washington State Attorney General's office to remove all no-poach clauses from their future franchise contracts, and not enforce the current ones¹. The fast-food chain franchisors had agreed with their franchisees to preclude the employees of one franchisee from being hired at another within the same chain, covering more than 24,000 locations nationwide². These practices are not solely a concern in Washington. Attorneys General in 10 other states³ and in Washington D.C. started investigating fast-food businesses which impose these agreements in their franchise contracts⁴. The alarm bells were set off after a New York Times report inquired into pay stagnation in the American fast-food industry⁵. The report relied on a research paper by Professor Krueger and Orley C. Ashenfelter, two well-known labor-economist professors at Princeton University, who pointed out that the no-poaching agreements were included in 58 percent of major franchisors' contracts, affecting around 70,000 individuals⁶. Attorneys General scrutinize the ability of such practices to limit the wages and reduce the mobility of the employees under antitrust laws. Recently, four fast-food chains settled with 14 States and agreed to remove no-poaching provisions from their franchise contracts⁷.

Although the no-poaching agreements are not new to the antitrust landscape in the United States⁸, antitrust scrutiny into these practices has recently been reinvigorated with the Antitrust Guidance For Human Resource Professionals (the "Guidance") issued jointly by the Antitrust Division of the Department of Justice (the "DOJ") and the Federal Trade Commission

¹ See News Release of the Office of the Attorney General, Washington State, "AG Ferguson secures end to no-poach provisions at eight more restaurant chains nationwide", September 13, 2018, available at <https://www.atg.wa.gov/news/news-releases/ag-ferguson-secures-end-no-poach-provisions-eight-more-restaurant-chains>; See also, R. Abrams, "8 Fast-Food Chains Will End 'No-Poach' Policies", *The New York Times*, August 20, 2018.

² See *supra* News Release of the Office of the Attorney General.

³ California, Massachusetts, New York, Illinois, Maryland, Minnesota, New Jersey, Oregon, Pennsylvania and Rhode Island.

⁴ See R. Abrams, "'No Poach' Deals for Fast-Food Workers Face Scrutiny by States", *The New York Times*, July 9, 2018.

⁵ See R. Abrams, "Why Aren't Paychecks Growing? A Burger-Joint Clause Offers a Clue", *The New York Times*, September 27, 2017.

⁶ See A. B. Krueger, O. Ashenfelter, "Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector", *IZA Institute of Labor Economics*, Discussion Paper Series, IZA DP No. 11672, July 2018.

⁷ See "Four Fast Food Firms Settle No-Poach Claims With 14 States", *Bloomberg Law*, March 12, 2019, available at <https://news.bloomberglaw.com/mergers-and-antitrust/four-fast-food-firms-settle-no-poach-claims-with-14-states-doj>; the multi-state settlement included California, District of Columbia, Iowa, Illinois, Maryland, Massachusetts, Minnesota, North Carolina, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, and Vermont.

⁸ See *infra* Part I.B; They have been identified by courts regularly as anticompetitive practices in violation of the Section 1 of the Sherman Act.

(the “FTC”) in October 2016⁹. Through this communication, the American enforcers wanted to send a strong message to the employers who would risk participating in these no-poaching agreements: such conduct will be treated as *per se* violation of Section 1 of the Sherman Act, and criminal prosecution will be brought against these violations. Since, Assistant Attorney General Makan Delrahim became the zealous advocate of this new policy, warning several times that criminal cases were *en route*¹⁰. More recently, Makan Delrahim reaffirmed before the Senate Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, as well as the U.S. House of Representatives Subcommittee on Regulatory Reform, Commercial and Antitrust Law that “[t]he Division will continue to be diligent in detecting and deterring collusion that harms American consumers, and we will remain focused on crucial industries that affect Americans deeply, such as real estate, food, financial services, and health care, just to name a few”¹¹. Despite the strong commitment, the DOJ so far has not engaged in criminal enforcement actions against no-poaching agreements. The latest case brought by the DOJ in this regard received a civil treatment because the no-poaching agreements were uncovered by the DOJ and terminated by the parties before October 2016¹².

There is no reason to doubt, even more than two years after the issuance of the Guidance, that the DOJ will eventually bring a criminal case. What triggers the attention here is the shift in the DOJ’s policy. The DOJ has already challenged no-poaching agreements under the *per se* rule in the past and succeeded in settling in all of the recent cases, though none of them included criminal charges. In their Guidance, the DOJ does not raise new issues of law as to the illegality

⁹ See Department of Justice, Antitrust Div. & Fed. Trade Commission, “Antitrust Guidance for Human Resource Professionals”, October 2016, available at <https://www.justice.gov/atr/le/903511/download>.

¹⁰ See e.g., M. Perlman, “Delrahim Says Criminal No-Poach Cases Are In The Works”, *LAW360.COM*, January 19, 2018, available at <https://www.law360.com/articles/1003788/delrahim-says-criminal-no-poach-cases-are-in-the-works>; Speaking at a conference hosted by the Antitrust Research Foundation at the Antonin Scalia Law School at George Mason University on January 19, 2018, Makan Delrahim stated that the DOJ “has a handful of criminal cases in the works” and explained that in “the coming couple of months you will see some announcements, and to be honest with you, I’ve been shocked about how many of these there are, but they’re real”. See also Deputy Assistant Attorney General Barry Nigro, *Keynote Remarks at the American Bar Association’s Antitrust in Healthcare Conference* (Arlington, VA), May 17, 2018, available at

<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-barry-nigro-delivers-keynote-remarks-american-bar>: “Combatting rising healthcare prices has been, and under the new Administration will continue to be, a priority for the Division. We are investigating other potential criminal antitrust violations in this industry, including market allocation agreements among healthcare providers and no-poach agreements restricting competition for employees. We believe it is important that we use our criminal enforcement authority to police these markets, and to promote competition for all Americans seeking the benefits of a competitive healthcare marketplace.”

¹¹ Statement of Assistant Attorney General Makan Delrahim Before the Senate Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, Oversight of the Enforcement of the Antitrust Laws, October 3, 2018; Statement of Assistant Attorney General Makan Delrahim Before the U.S. House of Representatives Subcommittee on Regulatory Reform, Commercial and Antitrust Law, December 12, 2018.

¹² See Justice News, Office of the Public Affairs, DOJ, “Justice Department Requires Knorr and Wabtec to Terminate Unlawful Agreements Not to Compete for Employees”, April 3, 2018.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

of not new conduct. Thus, the DOJ's policy seems to answer an ambition that goes beyond a reminder of the scope of antitrust laws in the labor market; it wants to directly address the concerns that arise inside the labor market.

Indeed, despite the historic low unemployment rate¹³, wages have barely increased since the 1970s¹⁴. This stagnation directly impacts Americans' purchasing power; Drew Desilver, a Senior Writer at Pew Research Center in Washington, D.C., calculated that the purchasing power peaked forty-five years ago and that the average hourly wage recorded in January 1973 had the same purchasing power as it would today¹⁵. Moreover, data shows that the wage gains in recent years went mostly to highest earners¹⁶. According to the economist Heidi Shierholz¹⁷, “[t]he extra growth we are seeing in the economy is going somewhere: to capital owners and people at the top of the income distribution, [...] [a]nd what we've seen is in recent period a much higher share of total income earned going to owners of capital.”¹⁸ This tends to create distrust towards the system. 71% of Americans feel the economy is rigged against them¹⁹.

In an attempt to identify the symptoms, antitrust experts point out the increasing concentration across many sectors of the economy. FTC Commissioner Rebecca Kelly Slaughter acknowledged that “Americans are feeling this concentration crunch from their perspectives as workers as well as consumers. Evidence is pointing to greater concentration in the labor market, which may deprive workers the competitive process for their employment,

¹³ The last U.S. Bureau of Labor Statistics report from April 2019 states an unemployment rate at 3.8%.

¹⁴ J. Shambaugh, R. Nunn, “Why Wages Aren't Growing in America”, *Harvard Business Review*, October 24, 2017; According to the Harvard Business Review article, since the early 1970s, the hourly inflation-adjusted wages received by the typical worker have barely risen, growing only 0.2% per year.

¹⁵ D. Desilver, “For most U.S. workers, real wages have barely budged in decades”, *Pew Research Center*, August 7, 2018; The research shows that “today's average hourly wage has just about the same purchasing power it did in 1978, following a long slide in the 1980s and early 1990s and bumpy, inconsistent growth since then. In fact, in real terms average hourly earnings peaked more than 45 years ago: The \$4.03-an-hour rate recorded in January 1973 had the same purchasing power that \$23.68 would today”.

¹⁶ *Ibid.*: “Since 2000, usual weekly wages have risen 3% (in real terms) among workers in the lowest tenth of the earnings distribution and 4.3% among the lowest quarter. But among people in the top tenth of the distribution, real wages have risen a cumulative 15.7%, to \$2,112 a week – nearly five times the usual weekly earnings of the bottom tenth (\$426)”.

¹⁷ Director of Policy at the Economic Policy Institute and a former Chief Economist at the Labor Department.

¹⁸ J. Stein, A. Van Dam, “For the biggest group of American workers, wages aren't just flat. They're falling”, *The Washington Post*, June 15, 2018.

¹⁹ Poll by Marketplace and Edison Research, Banner 1, May 2016, Question 31, p.31, available at <http://cms.marketplace.org/sites/default/files/EMR23033%20Marketplace%20Wave%20Three%20Web%20Only%20Banner.pdf>.

leading to wage stagnation”²⁰. At a time where populism is described as our societies’ disease, some call antitrust enforcement to work as the matching remedy²¹.

On the other side of the ocean, in Europe, where populism is mounting as well, antitrust enforcers do not approach restrictions on labor with the same vehemence. Under European Union competition law, as well as under each Member State’s national competition laws, it is clear that a naked no-poach agreement between two employers is illegal. Although, European jurisprudence does not offer as many labor antitrust cases as in the United States in this area, such restraints are discerned under different legal grounds, such as labor law, contract law or commercial law. The European example does not provide guidance for the development of antitrust enforcement against the restraints in the labor market in the United States. However, the European example shows that the restraints in the labor market can be addressed in many ways beside antitrust enforcement. This leads us to the question: in the labor market, does one size, antitrust analysis, fit the bill?

This Paper intends to analyze antitrust enforcement as a tool for combatting restraints of competition in the labor market. In Section 1, we introduce our analysis with a simple overview of the economic and legal theories that characterize the worker in the labor market. In Section 2, we address the DOJ’s enforcement policy shift as announced by the Guidance, in the context of the ongoing enforcement in this area. Then, in Section 3, we attempt to provide a comparative approach to the restrained antitrust enforcement in Europe, and the different paths available to fight similar issues. Finally, in Section 4, we attempt to question the relevance of the antitrust enforcement strategy in the light of populism concerns. This Paper discusses principally enforcement policy and will only briefly discuss the substance of the antitrust laws within the labor market context²².

²⁰ R. K. Slaughter, “Challenge ahead for US antitrust enforcement”, closing speech at the Concurrences conference « 6th Antitrust Salon: Where is antitrust policy going? » held on September 24th in Washington DC. Available at <https://vimeo.com/292198783?ref=em-v-share>.

²¹ For a more detailed analysis on the Antitrust and the populism, See C. Shapiro, “Antitrust in a Time of Populism”, October 24, 2017, available at <https://ssrn.com/abstract=3058345> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3058345>.

²² For a deeper analysis of the antitrust analysis in the context, See e.g., D. E. Eash, D. Lewin, C. P. Wazzan, “Antipoaching Collusion in the Contemporary Labor Market: Evidence, Analysis, and Implications”, *Employee Relations Law Journal*, Vol. 43, No. 2, Autumn 2017; H. Hafiz, “Picketing In The New Economy”, *Cardozo Law Review* [Vol. 39:1845 2018], p. 1845; R. T. Davis, “Talent Can’t Be Allocated: A Labor Economics Justification For No- Poaching Agreement Criminality In Antitrust Regulation”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Volume 12, Issue 2, Article 2, 6-1-2018; C. J. Masterman, “The Customer Is Not Always Right: Balancing Worker and Customer Welfare in Antitrust Law”, 69 *VAND. L. REV.*, 1387 (2016), October 17, 2016.

1. ANTITRUST LAW’S PARADIGM OF THE WORKER

Before defining the specific restrictions that characterize the employment market, and the antitrust analysis that applies, it is useful to review the neoclassical economic theory that underlies labor analysis in antitrust.

1.1. Restraints in the Labor Market under the Neoclassical Economic Theory

According to neoclassical economic theory, the workforce supply, i.e., the quantity of workers available in the employment market for a specific demand, is determined primarily by the balance of the work-time each worker is willing to give to a firm, or, in other words, the free time each worker is willing to give up, and the compensation each worker can receive for this time, more generally a salary. The workforce demand, i.e., the quantity of workers demanded by firms to accomplish their business, is determined by the needs of each firm in their commercial development and the compensation they are willing to give to the workers in exchange for their work time. The relation of the workforce supply and the workforce demand is represented as follows (Figure 1):

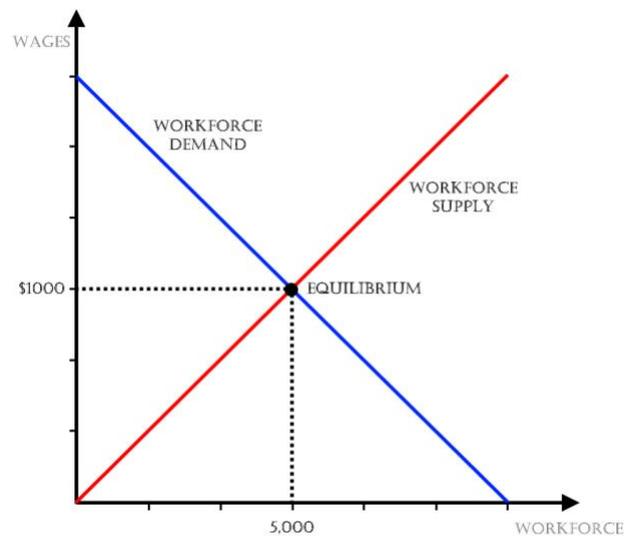


Figure 1

In Figure 1, the red curve represents the workforce supply, and the blue curve represents the workforce demand. On the supply curve, the more the wages increase, the more the workforce available increases. Conversely, on the demand curve, the more the wages increase, the more the demand for workforce decreases. The intersection of the demand curve and the

supply curve determines the equilibrium, i.e., the point where the workforce supplied matches the workforce demanded. In a market economy, the equilibrium represents what the economy can best accomplish. In other words, this is in theory the best allocation of resources we could have.

This graphic helps to determine what y salary is associated to x number of workers available to supply the demand. For instance, we can assume that at equilibrium, for an average salary of \$1,000, 5,000 workers will supply the demand. However, the equilibrium is not an immobile point; it shifts as the curves move. The supply curve moves depending on what the workers are looking for, to work more for greater compensation (mostly a salary) or to work less for greater free-time (assuming the salary does not satisfyingly compensate the loss of free time). The demand curve moves depending on what the firms want, more or fewer workers to maximize their profits.

In the scenario where the demand curve moves downward because the firms need fewer workers (e.g., output prices fall, technological change, etc.), the equilibrium is accordingly adjusted to a lower average salary associated with a lower number of workers available. In neoclassical economic theory, the subtraction of the number of workers available in the first equilibrium and those in the second equilibrium corresponds to the number of workers who decided not to work as an answer to the lower salaries. If the wages decrease, the total quantity of work supplied decreases to the benefit of the quantity of free time (Figure 2).

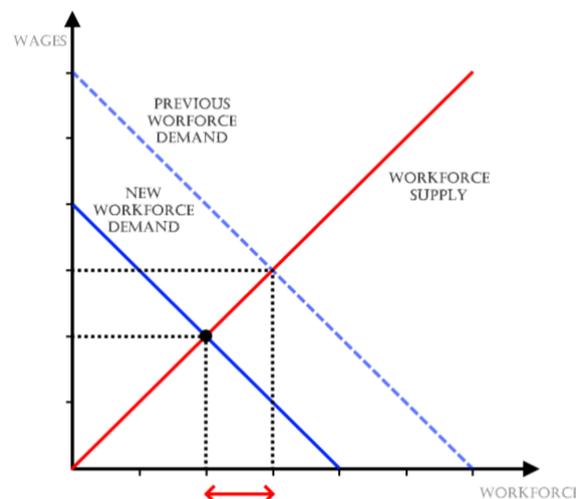


Figure 2

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

However, in reality, workers cannot shift between work-time and free-time as they please. Even if the theory affirms that workers accepted not to work, and that they could have not accepted if they do (e.g., by quitting their job, renegotiating their work hours, etc.), economic reality forces the workers to give up their free time and continue to work, even if this involves a lower salary (or any conditions on the work). This is so because the economic theory only takes into account the free time as what every worker is seeking but does not take into account the cost of the activities that workers are seeking during this free time. Thus, workers would not make the choice to quit their job because it would not result in better compensation than the lower salary.

As a consequence, the supply curve will move accordingly to the demand curve movement. In other words, in order to keep every worker available at the first equilibrium in Figure 1, the wages will necessarily decrease, resulting in a new equilibrium (Figure 3).

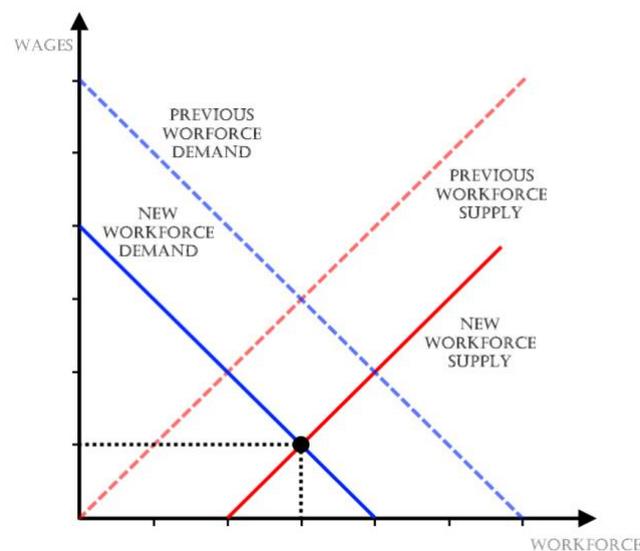


Figure 3

The law of supply and demand in the labor market is important to understand the effects of the restrictions within the market. For example, in a situation where a union succeeds in negotiating a minimum wage in a particular industry, the union restrains the ability of the employer to move the demand curve downward, i.e., on the wages axis, to a certain point (the minimum salary). This kind of restriction is exempted from the application of antitrust laws under the labor exemption provided in the Clayton Act²³. However, in another scenario, the

²³ Clayton Act §§ 6, 20; 15 U.S.C. § 17 (2012); 29 U.S.C. § 52 (2012).

employer could also restrain the labor market. For instance, if employers decide to fix the wages that they will offer workers, this time the supply curve cannot move upward. In theory, if the workers cannot receive a satisfying compensation for their work time, they either stop working, but we know this is never a real option, or they give their work time to another employer who will offer them a better compensation. The free competition between employers in the employment market is the main bargaining leverage workers have to move the curve upward. When employers agree to fix a ceiling to this curve, they force workers to give up their free time for lower working conditions.

Restraints of trade in the labor market can take many forms. They encompass all agreements or arrangements of any kind, between two or more competitors in the employment market, that have effects on their employees' salary or other terms of compensation, mobility within the output market or any other conditions of the employees' ability to work. In the antitrust experience, such restraints have been designated as "no-poaching" agreements, "wage-fixing" agreements, "no-hiring" agreements, "no-solicitation" agreements, "no cold call" agreement, "no-switching agreements", etc. The labels may indicate different levels of intensity of the restrictions. The *no-poaching*, *no-hiring*, or *no-switching* agreement usually refers to an agreement between two or more employers not to poach or not to hire each other's employees or former employees. The *wage-fixing* agreement is the agreement that fixes the price to which employers in the output market agree to purchase the workforce in the input market. The *no cold calling* or the *no solicitation* agreement usually refers to the agreement between employers not to cold-call each other's employees, but it does not involve a prohibition to hire each other's employees if the employee comes directly to the competitor.

In the following sections, we will refer mainly to the "no-poaching agreement" to address the antitrust enforcement against such restraints of labor, except when another label was used by a court in a specific case.

1.2. The Treatment of Restraints on Workers under Antitrust Laws: Per Se Rule V. Rule of Reason

The 2016 Guidance asserts that no-poaching agreements are *per se* illegal under antitrust laws, and that for this reason the DOJ will proceed criminally against naked no-poaching agreements (the FTC does not have the authority to bring criminal proceedings or pursue criminal investigations). Although antitrust cases regarding no-poaching agreements are rare and "[t]he Supreme Court, in the long and active history of anti-trust litigation, has rarely

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

considered the validity of agreements directed solely at the employment practices of an industry”²⁴, this statement does not seem to be supported by the majority view.

Restraints on labor appeared in antitrust jurisprudence relatively late, probably more because antitrust analysis of the labor market, where the product is the workforce, was more difficult to undertake under the purview of antitrust laws, rather than these restraints were nonexistent before then. Without any U.S. Supreme Court case guidance for this matter²⁵, federal courts commenced the antitrust analysis of restraints in the labor markets addressing no-poaching agreements.

In the *Union Circulation* case, the Court of Appeals for the Second Circuit affirmed an FTC order enjoining agreements between magazine subscription solicitation agencies not to employ persons, who had, during the past year, been engaged by another agency, whether or not such agency was party to agreements²⁶. In its analysis, the court first observed that such no-switching agreement could be compared to a boycott or a refuse to deal, which for the most part have been held *per se* unlawful²⁷ since *Standard Oil*²⁸. However, the court distinguished the no-switching agreements from the boycott because they are “directed at the regulation of hiring practices and the supervision of employee conduct, not at the control of manufacturing or merchandising practices”, and they “are not designed to coerce [...] independent members of an industry, into abandoning competitive practices of which the concerted parties do not approve”, but “they are ostensibly directed at ‘housecleaning’ within the ranks of the signatory organizations themselves”²⁹. After denying the application of the *per se* rule to the no-switching agreements because they were distinguishable from boycotts, the court analyzed the agreement under the rule of reason within the specific context of the magazine-selling industry. The court considered the substantial segment that the parties to the agreement represent in the industry in concluding that their action will “freeze the labor supply”³⁰ and “discourage labor mobility” which are indispensable elements of the competition in this industry³¹. Thus, the court held the

²⁴ *Union Circulation Co. v. Fed. Trade Comm'n*, 241 F.2d 652, 658 (2d Cir. 1957), FN2.

²⁵ Federal courts though referred to a U.S. Supreme Court case as a close parallel to no-poaching agreements. In *Anderson v. Shipowners' Ass'n of Pacific Coast*, 272 U.S. 359 (1926), the Supreme Court concluded that an association of ship-owners that fixed the wages to be paid the seamen, and in addition, agreed on the conditions to hire seamen, unlawfully restrained trade in violation of Section 1 of the Sherman Act (although the opinion did not indicate whether this restraint would be invalid *per se* or whether it would be found unreasonable). See *Union Circulation*, at 658.

²⁶ *Union Circulation*, at 654.

²⁷ *Ibid.* at 656.

²⁸ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

²⁹ *Union Circulation*, at 657.

³⁰ Quotation omitted.

³¹ *Ibid.* at 568.

restraint was unreasonable within the meaning of the Sherman Act. The employer's argument that the restraint was only meant to prevent fraudulent practices of some salesmen did not convince the judge; the agreements went beyond what was necessary.

Ten years later, the Court of Appeals for the Seventh Circuit rejected the *per se* treatment for a no-switching agreement that required testing by a standard of reasonableness as explored in *Union Circulation*³². This time, the lawsuit was initiated by a sales supervisor who worked successively for two encyclopedias sellers, but who was terminated by the latter after the former pressured its competitor to enforce the no-switching agreement to which both employers were parties. The district court granted summary judgment to the defendants with respect to the antitrust claim. The appellate court reversed because further inquiry into the facts was necessary. Since that time, the courts have not departed from the application of the rule of reason for such agreements³³.

2. THE APPARENT SHIFT OF U.S. ANTITRUST ENFORCEMENT

The 2016 Guidance had the effect of alerting all employers that from now on, anticompetitive practices in the labor market will be treated with the utmost seriousness. However, the shift announced by the guidance actually was in the continuity of the enforcement policy adopted by the authorities against these practices. Thus, the question comes to the interests and the strategy hiding behind this move.

2.1. Public Enforcement: The Formalization of Enforcement Policy

The DOJ had approached the *per se* treatment of no-poaching agreements before making it its standard of analysis in the Guidance. Still, among the first civil enforcement actions against these agreements that followed the *Union Circulation* case, the *per se* analysis was not

³² *Nichols v. Spencer Int'l Press, Inc.*, 371 F.2d 332, 337 (7th Cir. 1967).

³³ See, *Quinonez v. Nat'l Asso. of Sec. Dealers, Inc.*, 540 F.2d 824 (5th Cir. 1976); *UARCO Inc. v. Lam*, 18 F. Supp. 2d 1116 (D. Haw. 1998); *Bogan v. Hodgkins*, 166 F.3d 509 (2d Cir. 1999); *Ulrich v. Moody's Corp.*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 145898 (S.D.N.Y. Mar. 31, 2014);

In certain circumstances, where the no-poaching agreements are ancillary restraints serving a legitimate business purpose, they will not be deemed illegal. This is the case for no-poaching agreements between Intra-Enterprises, the no-poaching agreements arising within a lawful joint venture, or no-poaching agreements made during an acquisition of a company. Because our analysis is focused on the enforcement of antitrust laws against naked no-poaching agreements made outside of the scope of mergers and acquisition, we will not treat further the question of the ancillary restraints within this context.

For a deeper analysis of the question, See e.g., R. T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification For No-Poaching Agreement Criminality In Antitrust Regulation", supra note 22; S. Hemphill, N. L. Rose, "Mergers that Harm Sellers", *The Yale Law Journal*, 2018, vol. 127, issue 7, p. 2078; D. J. O'brien, "The Enforceability Of No-Hire Provisions In Mergers, Acquisitions And Other Entrepreneurial Ventures", *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2008, vol. 3, p. 113.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

mentioned. Two earlier DOJ cases challenged restraints in labor markets, including price-fixing, without specifying the kind of analysis to be applied.

In *Utah Society For Healthcare Human Resources Administration*³⁴, the DOJ challenged an agreement to exchange nonpublic prospective and current information about overall budgets, nursing budgets, and registered-nurse entry wages. This agreement had the purpose and effect of stabilizing registered-nurse entry wages and limiting the amount and frequency of registered-nurse entry wage increases in Salt Lake County, Utah, in violation of the Sherman Act, Section 1. However, the DOJ remained silent on the applicable analysis.

In the *Arizona Hospital*³⁵ case, the DOJ challenged an agreement fixing certain terms and conditions related to the purchase of temporary nursing personnel, including temporary nurse staffing agency bill rates. The complaint did not specify what analysis to apply to a wage-fixing agreement, and just mentioned that the agreement violated the Sherman Act. The defendant in this case settled for a payment of \$22.5 million³⁶.

It was not until 2010 that the DOJ began to use the *per se* rule against no-poaching agreements, in the recent cases in the high-tech industry, where the no-poaching agreements were commonplace.

The first civil action was initiated by the DOJ against seven Silicon Valley companies that entered into different no cold call agreements with regards to the recruitment of high-tech employees. The DOJ first filed the complaint against six companies³⁷ on September 24, 2010³⁸ (the “*Adobe case*”) and later filed a complaint against *LucasFilm* on December 21, 2010³⁹.

In the *Adobe case*, the DOJ asserted that the agreements constituted “unreasonable restraints of trade that are *per se* unlawful under Section 1 of the Sherman Act”⁴⁰. The defendants finally settled⁴¹.

³⁴ DOJ Final J. against Utah Society, September 9, 1994.

³⁵ DOJ Final J. against Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation, September 12, 2007.

³⁶ The treatment of non-solicitation agreement in the same industry can be different depending on the relationship of the parties to the agreement. In *ProTherapy Associates, LLC v. AFS of Bastian, Inc.*, 2012 WL 2511175 4th Cir. Va. (2012), the Fourth Circuit held that the no-solicitation covenant contained in the therapy-services agreements made between the nursing homes and the provider of physical-therapy services was enforceable and the breach of it entitled the plaintiff to damages.

³⁷ Adobe; Apple; Google; Intel; Intuit; Pixar.

³⁸ DOJ Complaint against Adobe, et al., September 24, 2010 (“DOJ Adobe Compl.”).

³⁹ DOJ Complaint against Lucasfilm, December 21, 2010 (“DOJ Lucasfilm Compl.”).

⁴⁰ DOJ Adobe Compl., para. 35.

⁴¹ DOJ Final J. against Adobe, et al., March 17, 2011 (“DOJ Adobe J.”).

Similarly, in the *LucasFilm* case⁴², the DOJ complained that the no cold call agreement between LucasFilm and Pixar, included the mutual obligation to notify the other when making an offer to one of its employees, without the possibility to counteroffer above the initial price, was *per se* unlawful⁴³, because it eliminated significant forms of competition to attract digital animators to the detriment of the employees who likely were deprived of competitively important information and access to job opportunities⁴⁴.

Almost two years later, the DOJ filed a complaint against eBay for a no-hire and a no-solicitation agreement with Intuit⁴⁵.

In the *eBay* case⁴⁶, the DOJ claimed the agreement between eBay and Intuit was limiting their employees' ability to secure better compensation, benefits, and working conditions. Here again, the DOJ characterized the agreements as a *per se* violation of the Sherman Act⁴⁷. However, the DOJ also specified that the agreements were likewise an unreasonable restraint of trade under the quick look rule of reason analysis⁴⁸. Unlike in the *Adobe* or *LucasFilm* cases, eBay moved unsuccessfully to dismiss the case before agreeing to settle⁴⁹. eBay argued that the DOJ failed to state a claim under either of the theories that it has chosen to pursue⁵⁰. The district court denied eBay the motion because the allegations were sufficient to state a horizontal market allocation agreement; as to the analysis to apply as a matter of law, the court said it could not determine at such an early stage whether the *per se* treatment or the quick look rule will be inappropriate⁵¹. Nothing in the opinion, however, indicates that the *per se* treatment is imminent; it is likely that once the discovery stage passed, the court would be able to apply the long-standing precedent where such agreement were analyzed under the rule of reason.

In 2016, the Guidance announced a new prioritization of antitrust enforcement in employment markets at the attention of the human resource professionals who are involved in employment policy in their company. In this respect, the Guidance appears more like a strong reminder to human resources professionals that antitrust laws apply with the same strength in the employment marketplace as any other markets, rather than guidelines on the analysis and

⁴² DOJ Final J. against Lucasfilm, June 3, 2011 (“DOJ Lucasfilm J.”).

⁴³ DOJ Lucasfilm Compl., para. 23.

⁴⁴ *Ibid.* para. 22.

⁴⁵ DOJ Complaint against eBay, November 16, 2012 (“DOJ eBay Compl.”).

⁴⁶ DOJ Final J. against eBay, September 2, 2014 (“DOJ eBay J.”).

⁴⁷ DOJ eBay Compl., para. 28.

⁴⁸ *Ibid.* para. 29.

⁴⁹ *United States v. eBay, Inc.*, 968 F. Supp. 2d 1030 (N.D. Cal. 2013).

⁵⁰ *Ibid.* at 1038.

⁵¹ *Ibid.* at 1040.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

remedies the DOJ and the FTC intend to implement. Still, the Guidance formalizes the approach the DOJ had previously used against no-poaching agreements, i.e. the *per se* treatment.

Similarly, the announcement that the DOJ will proceed criminally against the naked no-poaching agreements may seem logical as the DOJ usually pursues criminally, at its own discretion, only naked restraints of trade or so-called “hard-core cartels”. Yet, for the same reason as a no-poaching agreement has never been held *per se* unlawful by a judge, the criminal prosecution has never followed a civil action challenging a no-poaching agreement so far.

In fact, the DOJ missed the opportunity to do so in the first post-Guidance case. In *Knorr-Bremse*, the DOJ challenged no-poaching agreements on skilled labor in the U.S. rail industry⁵². The DOJ treated the agreement as *per se* unlawful under Section 1 of the Sherman Act, but unlike its Guidance’s recommendation, did not pursue criminal sanctions. The DOJ explained that the agreements were discovered by the DOJ and terminated by the parties prior to the issuance of the October 2016 Guidance, and that, in “an exercise of prosecutorial discretion” it will bring criminal charges only against the agreements formed after or not terminated before the announcement of the Guidance⁵³. However, the DOJ recently took part in the ongoing private class action that followed this case⁵⁴ by submitting a statement of interest in response to the defendants’ motion to dismiss⁵⁵. In their motion, the defendants argued that as a matter of law, all no-poach agreements must be analyzed under the rule of reason. The DOJ strongly opposed this argument. The DOJ unfolded a detailed reasoning to justify that no-poaching agreements should be treated as *per se* unlawful, and that the plaintiffs’ allegations were sufficient to state a *per se* claim. Besides the interpretation of the case law on which the DOJ relies, this statement clearly shows the zeal the DOJ will employ to achieve the goal of its Guidance. The fact that the DOJ obtained the court’s permission to participate in the hearing⁵⁶ stresses how definitive the decision of the U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania will be for the future of the DOJ’s enforcement policy.

⁵² *United States v. Knorr-Bremse AG*, No. 1:18-CV-00747-CKK, 2018 WL 4386565 (D.D.C. July 11, 2018).

⁵³ See “Justice Department Requires Knorr and Wabtec to Terminate Unlawful Agreements Not to Compete for Employees”, supra note 12.

⁵⁴ *In re Railway Industry Employee No-Poach Antitrust Litigation*, 326 F. Supp. 3d 1381 (U.S. Jud. Pan. Mult. Lit. 2018).

⁵⁵ Statement of Interest, February 8, 2019, available at <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1131056/download>.

⁵⁶ L. R. Vaala, “DOJ Fans the Flames in Support of Plaintiffs Suing Former Employers in Private Antitrust Fray”, *Lexology*, March 12, 2019, available at <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c6a6fba9-833f-46d4-a6d9-37750e6567c8>.

2.2. The Call to Strong Enforcement: Private Enforcement

Private enforcement against no-poaching agreements reinforces the overall antitrust enforcement against no-poaching agreements and demonstrates that the DOJ prosecution of no-poaching agreements is a real advantage for the private enforcers.

The class action cases that followed the DOJ investigations against the high-tech companies are referred as *High Tech Employee Antitrust Litigation* (“HTEAL”). In HTEAL, the district court denied the defendants a motion to dismiss because the “plaintiffs successfully pled a *per se* violation of the Sherman Act for purposes of surviving a 12(b)(6) motion”, and therefore the court needed not “decide now whether *per se* or rule of reason analysis applies”⁵⁷. It is interesting to underline that the plaintiff’s allegation of a *per se* violation relied on the “DOJ investigation in which the DOJ found the agreements to be “*per se* unlawful” and in which Defendants agreed that the DOJ stated a federal antitrust claim”⁵⁸. Thus, it appears that the DOJ investigation and the *per se* prosecution of these agreements are significant for a class action to survive a motion to dismiss, and then negotiated a settlement. All the defendants eventually settled.

Several class actions against animation companies⁵⁹ arose closely to the HTEAL case, that have been consolidated in *In re Animation Workers Antitrust Litigation*⁶⁰. Plaintiffs accused multiple animation companies of entering into secret “gentlemen’s agreements” not to actively solicit one another’s employees. After dismissing the case a first time without prejudice⁶¹, the court denied defendants’ second motion to dismiss because the plaintiffs sufficiently alleged that defendants had fraudulently concealed the alleged conspiracy⁶², based on the HTEAL findings. When the court certified the class, it relied on the same arguments. After the class certification, all the remaining defendants settled the case⁶³.

⁵⁷ *In re High-Tech Employee Antitrust Litig.*, 856 F. Supp. 2d 1103, 1122 (N.D. Cal. 2012).

⁵⁸ *Ibid.* at 1117.

⁵⁹ Blue Sky; DreamWorks; LucasFilm; Pixar; Sony; Disney.

⁶⁰ *In re Animation Workers Antitrust Litigation*. See Case No. 14-4062, ECF No. 38., November 5, 2014.

⁶¹ *In re Animation Workers Antitrust Litig.*, 87 F.Supp.3d 1195 (N.D.Cal.2015).

⁶² *In re Animation Workers Antitrust Litig.*, 123 F.Supp.3d 1175, 1207 (N.D.Cal.2015).

⁶³ Lucasfilm and Pixar had reached a settlement with the HTEAL plaintiffs; Blue Sky settled for a payment of \$5,950,000 to the class before the opposition to the class certification; Sony settled for a payment of \$13,000,000 to the class, agreed not to cooperate with the remaining Defendants in opposing Plaintiffs' motion for class certification; After the class certification, DreamWorks signed a settlement agreement on October 4, 2016 in which DreamWorks agreed to pay \$50,000,000, and Disney signed a settlement agreement on January 30, 2017 in which Disney agreed to pay \$100,000,000 (final approval hearing for the Dreamworks and Disney Settlements on May 18, 2017).

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

Conversely, in another class action, against *Microsoft*, the absence of a DOJ complaint after the closing of an investigation over agreements regarding employees recruiting led to denial of a class action on statute of limitation grounds⁶⁴. Under the statute of limitation, plaintiffs' claims under the Sherman Act are all subject to a four-year statute of limitations⁶⁵. Because plaintiff's claims were not brought within the four-year period, they argued that the DOJ investigation into Microsoft is entitled to statutory tolling under 15 U.S.C. § 16(i)⁶⁶. The court dismissed the argument, and then the complaint, because “the DOJ never filed a complaint against Microsoft, Plaintiffs are not entitled to any tolling based on the DOJ's investigation of Microsoft”⁶⁷.

Another class action failed at the motion to dismiss stage in *Frost v. LG Elecs. Inc.*⁶⁸. Plaintiffs alleged that LG and Samsung engaged in a conspiracy agreeing not to recruit or directly hire the other company's U.S. employees. In concluding that the plaintiffs did not satisfy the pleading standard, the court “acknowledges that Plaintiffs in the present case have not had the benefit of investigations conducted by the Department of Justice as in *Animation Workers* and *High Tech*, or of merits discovery”, and thus, “the Court [found] dismissal to be appropriate here under the standards set forth in *Twombly* [...]”⁶⁹.

Finally, the most recent private action against a no-poaching agreement⁷⁰ echoes the current investigations against such agreements in the franchise sector. In *Deslandes v. McDonald's USA*⁷¹, a former employee of McDonald's alleged she was precluded access to a job in another franchise of the restaurant that offered higher compensation and better working conditions because of a no-poaching provision in the franchise contract. The plaintiff alleged a violation of section 1 of the Sherman Act under both the *per se* rule and the quick look analysis. Although the district court denied the defendant's motion to dismiss at this stage of the proceeding, the court dismissed the plaintiff's claim in part for the allegation based on the *per se* rule. Indeed, because “the restraint alleged in plaintiff's complaint is ancillary to an agreement with a pro-competitive effect, the restraint alleged in plaintiff's complaint cannot be deemed unlawful *per*

⁶⁴ *Ryan v. Microsoft Corp.*, 147 F. Supp. 3d 868 (N.D. Cal. 2015).

⁶⁵ 15 U.S.C. § 15b (Sherman Act).

⁶⁶ The doctrine of equitable tolling, in general, halts the running of the limitations period so long as the plaintiff uses reasonable care and diligence in attempting to learn the facts that would disclose the defendant's fraud or other misconduct. See § 1056 Statutes of Limitations—In General, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1056 (4th ed.).

⁶⁷ *Ryan v. Microsoft*, at 881-82.

⁶⁸ *A. Frost & Jose RA, individually & on behalf of all others similarly situated, Plaintiffs, v. LG Electronics Inc.; LG Electronics U.S.A., Inc.; Samsung Electronics Co., Ltd.; & Samsung Electronics America, Inc., Defendants.*, No. 16-CV-05206-BLF, 2018 WL 6256790 (N.D. Cal. July 9, 2018).

⁶⁹ *Ibid.* at *5.

⁷⁰ In addition to *In re Railway Industry Employee No-Poach Antitrust Litigation*, supra note 54.

⁷¹ *Deslandes v. McDonald's USA*, 2018 WL 3105955 (N. D. Ill, 2018).

*se*⁷². In other words, the no-poaching provision is ancillary to a franchise agreement with pro-competitive effects, so the *per se* analysis is excluded. This decision creates very narrow room for the application of the *per se* rule regarding no-poaching agreements, especially by accepting a broad definition of the pro-competitive effects, which in this case were characterized as the output enhancing effect of each franchise agreement entered by McDonald's enter, *i.e.*, the creation of a new franchise increases the "output of burgers and fries"⁷³. The turn of the tide in the franchise sector is welcomed⁷⁴.

2.3. The Strategy Of Tandem Enforcement

Historically, there is no doubt that the no-poaching agreements have been treated under the rule of reason rather than the *per se* rule by the courts. The DOJ's early attempts to create a *per se* violation of Section 1 of the Sherman Act were largely unsuccessful. These attempts preexisted the 2016 Guidance, and the Guidance only provides in this respect a strong warning, or even more, a threat to the businesses which adopted these practices. The DOJ's enforcement strategy in this area has been giving good results so far. Every civil action brought by the DOJ ended in consent decrees; a missed opportunity for the courts to assess the application of the *per se* analysis to such agreements. Furthermore, the DOJ's enforcement is significant for follow-on private enforcement. Private plaintiffs can rely on the DOJ investigation and complaint to state an antitrust claim; conversely, where the DOJ's enforcement is absent, plaintiffs will have more trouble surviving a motion to dismiss.

However, the strong posture strategy should not shadow the lack of receptivity of the courts to the *per se* treatment. In the *eBay* case, the opinion rejecting the plaintiffs' motion to dismiss does not seem opposed to the *per se* treatment, but nothing indicates that it may eventually be the applicable analysis. More obviously, in the recent *Deslandes* case, the court points out an interesting element: the "plaintiff has not attempted to plead a claim under the rule of reason". The court thinks it is "unsurprising", since in order to "state a claim under the rule of reason, a plaintiff must allege market power in a relevant market". The problem is that the proof of

⁷² *Ibid.* at *7.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ In *Williams v. I.B. Fischer Nevada* 794 F. Supp. 1026 D. Nev. (1992), *aff'd*, 999 F.2d 445 9th Cir. (1993), the court ruled that a franchisor and franchisee were a single enterprise, and, thus, a no-switching agreement between them was incapable of restraining trade in violation of Sherman Act.

market power in labor markets can be a hard task depending on the structure of the labor market analyzed; in this case, the court asserts that:

“The relevant market for employees to do the type of work alleged in this case is likely to cover a relatively small geographic area. Most employees who hold low-skill retail or restaurant jobs are looking for a position in the geographic area in which they already live and work, not a position requiring a long commute or a move. That is not to say that people do not move for other reasons and then attempt to find a low-skill job; the point is merely that most people do not search long distances for a low-skill job with the idea of then moving closer to the job. Plaintiff, though, seeks to represent a nationwide class, and allegations of a large number of geographically small relevant markets might cut against class certification”⁷⁵.

Thus, the DOJ’s strategy to implement a *per se* treatment of the no-poaching agreements makes more sense when it takes into account all the resources a rule of reason analysis would require. In addition, the *per se* treatment of these agreements will reinforce private enforcement efforts; as we just observed, a rule of reason analysis might cut against class certifications. Even if the *per se* rule or the quick look analysis does not fit such agreements, all defendants in class action cases would rather settle because of the uncertainty of the outcome, especially when the private action follows a DOJ civil action.

In addition, the announcement of criminal prosecution against no-poaching agreements will certainly deter employers from entering into such agreements of fighting back the allegations.

3. THE MULTI-FACETED EUROPEAN ENFORCEMENT

Although European competition enforcement has been recognized as more modern and bolder than in the United State in many regards, European competition enforcement against no-poaching agreements lags significantly. Unlike their American counterpart, the European public enforcer, the European Commission, does not focus its enforcement policy on anticompetitive practices in the labor market. The enforcement of competition laws in this area has been pursued by the national competition authorities of only a few Member States, but without building a substantial body of case law of the illegality of the no-poaching agreements under European and national competition rules. On the other hand, the no-poaching agreements seem to receive a more diversified treatment, of which competition law is an important component, but where other legal grounds are also solicited⁷⁶.

⁷⁵ *Deslandes*, at *8.

⁷⁶ Some of the cases in the following sections were sourced from G. Gürkaynak, A. Güner, C. Özkanlı, “Competition Law Issues In The Human Resources Field”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, volume 4, issue 3, p. 201–214.

3.1. Competition Enforcement in the European Union

The European Commission has not brought any cases that have dealt with no-poaching agreements exclusively. Still, we can find an example of an illegal poaching agreement in the *pre-insulated Pipes* case⁷⁷. In this case, the European Commission fined 10 pre-insulated pipe producers more than 90 million ECU⁷⁸ for their participation in a cartel in the district heating sector in Europe. All these companies entered into an agreement to fix quotas for the whole of the European market. As an element of the cartel, the Commission found the concerted actions to eliminate Powerpipe, the competitor who refused to take part in the cartel and lodged a complaint to the Commission in the first place. The decision, in particular, refers to the campaign carried by two of Powerpipe's main competitors, consisting of luring Powerpipe's employees, especially the managing directors, by offering them salaries and conditions which were apparently exceptional in the business⁷⁹. The cartellists admitted they were planning to jointly acquire their non-cartelist competitor, then to share its customers, and that the poaching of its key employees would hasten its insolvency⁸⁰.

At the Member States level, national enforcers also deal with no-poaching agreements in few decisions.

One of the first cases was brought by the French Competition Council and dealt with a wage-fixing agreement in the temporary work sector⁸¹. In that case, a federation of companies in the building industry in the French departments of Isère and Savoie decided to establish rules consisting of fixing the salary for temporary workers to the minimum wage level as fixed by the collective bargaining agreement – applicable to permanent workers – relevant for this industry in the departments. This action came in anticipation of the Winter Olympic Games organized in Albertville in 1992, where the construction sites required many temporary workers in the area and stimulated the labor market. The federations wanted to prevent the temporary work companies from poaching permanent workers, and thus leading to a foreseeable salary increases in the sector. The rules established by the federations were successful in restraining the competition between them and the temporary work companies in the supply of labor,

⁷⁷ COMP IV/35.691/E.4 (21 October 1998) — *Pre-insulated Pipes Cartel* OJ L 24 (30.1. 1999), approved by Judgments of the Court of Justice in Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P.

⁷⁸ European Currency Unit.

⁷⁹ *Pre-insulated Pipes Cartel*, para. 92.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Decision n° 97-D-52, June 25, 1997, concerning practices in sector of temporary work in the departments of Isère and Savoie.

especially because the federation companies promoted and hired the temporary work companies which agreed to enforce such rules.

The French Competition Council held the practices illegal by object and by effect, and sanctioned participants in this cartel. The Council observed that the competition between the temporary work companies on the supply market was mostly determined by the salary they were ready to offer to the workers; the minimum wage fixed by the collective bargaining agreements was only fixing a minimum price to access the supply market, but not a maximum price. Thus, workers' salary in this sector still had to be determined by the free competition between the companies who hire them. Most of the competitors acknowledged that their rules intended to restrain the competition to access the supply, in a very intense period, which would have increased significantly the workers' wages.

In 2010 in Netherlands, the Dutch Court of Appeal, the *Gerechtshof 's-Hertogenbosch* had to examine an agreement between fifteen hospitals prohibiting them from hiring employees, especially anesthesia employees, who had been employed by one of the hospitals within the past twelve months⁸². The Court held that the agreement did not have the purpose of preventing or restricting competition by object, but still had anticompetitive effects on anesthesia assistants and surgical assistants that were substantially limited in their opportunities to work for hospitals⁸³. Thus, the agreement was illegal under Dutch competition law.

The same year, in Spain, the Spanish Competition Authority ("CNC")⁸⁴, in a freight forwarding cartel case, identified as part of the coordination of the competitive strategies between the cartelists, the fixation of conditions for the recruitment of workers⁸⁵. The coordination included the obligation for the employers parties to the agreement to notify the recruitment of an employee covered by the agreement to his current or former employer⁸⁶, and to obtain the prior consent of this employer to proceed the recruitment⁸⁷. In rejecting the defendant's argument that the no-hire agreement was not, in its object, anticompetitive, because it did not imply an homogenization of commercial conditions, the CNC affirmed the agreement

⁸² LJN: BM3366 (Court of Hertogenbosch) HD 200,056,331 Date of judgment: 05.04.2010, Date of publication: 04.05.2010; Mariette J. Plomp, 'Netherlands: anti-competitive agreements – hospitals' (2010) E.C.L.R. N174-175, available at

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSHE:2010:BM3366>.

⁸³ *Ibid.*, para. 4.9.5.

⁸⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁸⁵ RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0120/08, Transitarios), July 31, 2010, available (in spanish) at <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=274528&Pag=1>.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 199.

⁸⁷ *Ibid.*, paras. 210, 228, 361-369.

was a restriction by object and by effect of the competition between freight forwarding business in the acquisition of input, with a detrimental effect for the workers⁸⁸, in violation of Article 101 TFEU.

More recently, the competition authorities in the United Kingdom, in Italy and in France assessed anticompetitive practices in the labor market in cases of a cartel between top modelling agencies.

In December 2016, the Competition and Market Authority (“CMA”) imposed a £1.5 million fine on five model agencies and their trade association which colluded on prices for modelling services from 2013 to 2015⁸⁹. The CMA found out that as part of the collusion, the cartelists agreed to fix minimum prices or agreed a common approach to pricing for their modelling services. The practice constituted a restriction by object of the competition in violation of Article 101(1) TFEU as well as British competition law⁹⁰. Although the qualified restriction was directed to the model agencies’ customers, the agreement affected the models’ conditions of work.

The link between the price-fixing of modelling services and the adverse effects it has on the models’ conditions of work was more detailed in the French case. In the Modelling Sector case, the *Autorité de la concurrence* (“French Competition Authority”) fined the main professional union of modelling agencies 2,381,000 euros in total for having, between 2000 and 2010, drawn up and distributed pricing schedules as a guide to modelling agencies’ commercial policy, as well as 37 modelling agencies, representing almost the entire market turnover, for having participated in statutory meetings on union pricing schedules between 2009 and 2010.

The French labor code established very specific rules that address the model’s salaries. In simple words, the Article L. 2241-1 imposes the annual negotiations on models' minimum salaries which take the form of a collective bargaining agreement between the agencies. In this context, the union was issuing pricing schedules after each annual negotiation, intending to set

⁸⁸ “[L]a contratación de trabajadores es un parámetro de competencia entre empresas, también en el negocio transitario, puesto que el factor trabajo no deja de ser input para la actividad empresarial, y el pacto alcanzado tiene por objeto y efecto reducir la competencia entre las empresas cartelizadas en la adquisición de este input. Por otro lado, y como ya se ha señalado más arriba, hay que tener presente que este pacto es también apto para afectar a las condiciones de dicho input en sentido perjudicial para los trabajadores ”, p. 93.

⁸⁹ Decision of the Competition and Markets Authority, Conduct in the modelling sector, Case CE/9859-14 (December 16, 2016), available at

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/58d8eb1840f0b606e7000030/modelling-sector-infringement-decision.pdf>.

⁹⁰ *Ibid.*, para. 5.1.

a standard in the total price each agency could invoice their services. The pricing was calculated on the basis of the minimum salary agreed in the annual negotiation and included the margin of profit the agencies were allowed to make.

One of the interesting elements of this case was the labor regulation context which led to the pricing schedules. The French Authority acknowledged that the pricing schedules took into account the model's wage rules established by the collective bargaining agreement and the Labor code. However, the pricing schedule also contained elements determining the agencies' services' price that were entirely part of each agency's commercial strategy. Thus, the pricing schedule reflected the commercial strategy of the agencies rather than the minimum wages, and the coordination of their commercial strategy was a restriction by object⁹¹. The labor exemption provided in the Article L.420-4 I 1° of the French Commercial Code was not applicable.

3.2. Challenges on Non-Competition Grounds in the European Union

The EU competition law enforcers have had relatively little experience with the so-called no-poaching agreements⁹². This fact shall not overshadow the different manners these agreements can be struck down under EU law. This kind of agreement has been many times held illegal by the EU courts on different legal grounds.

One of the oldest opinions on a restraint to hire was delivered in the United Kingdom by the Court of Appeal, in the *Kores Manufacturing Co Ltd v Kolok Manufacturing Co Ltd case*⁹³. The case was about an agreement between two competitors that neither would hire someone who was employed or had been employed within the past five years by the other, without their prior consent. When one of the parties to agreement hired an employee covered by the agreement, the other party moved to enforce the contractual obligation not to hire. The court held that the contract between the competitors not enforceable because the restraint, which was covering the unskilled worker and the skilled worker, was too wide. We notice that the court rejected the defendant's argument that the contract was intended to protect trade secrets since both companies were dealing with chemical processes.

⁹¹ Decision n° 16-D-20, September 29, 2016, concerning practices in sector of services provided by model agencies, p.52-53.

⁹² For a more detail analysis of the EU competition law enforcement in the HR field, See G. Gürkaynak, A. Güner, C. Özkanlı, "Competition Law Issues In The Human Resources Field", supra note 76.

⁹³ *Kores Manufacturing Co Ltd v Kolok Manufacturing Co Ltd* [1959] Ch. 108; [1958] 2 W.L.R. 858; [1958] 2 All E.R. 65; [1958] R.P.C. 200; [1958] 102 S.J. 362.

In France, the courts approach a solution based on the labor laws. The French *Cour de cassation* (the “French Supreme Court”) delivered an interesting opinion in a case involving a no-poaching agreement, in the context of a labor law case⁹⁴. In this case, an engineer asked the French *Conseil de prud’hommes* (the “Labor court”) to pronounce the termination of its contract with his employer at the employer’s expenses⁹⁵. The engineer claimed, among others, that his employer agreed with one of its competitors to not solicit or hire each other’s employees, as it was supported by an e-mail where the engineer’s manager was informing him that he was not allowed to work for the competing company within the year and a half. The French *Cour d’appel de Versailles* (the “Court of Appeals”) held that this clause harmed the engineer’s interests and that the engineer was entitled to damages. Before the French Supreme Court, the employer argued that the non-soliciting clause could not be analyzed as a non-compete clause, and thus, the employee was not entitled to any indemnification. However, the Supreme Court upheld the decision by affirming that such a clause harmed the engineer’s freedom to work, and thereby he was entitled to damages.

This decision is interesting because it shows how a non-solicit agreement can be analyzed under labor laws. Here, it was litigation between an employee and his employer about the termination of a work contract. The employee was complaining that he could not get hired by his employer’s competitor. Under the French Labor Code, employers can impose on their employees a non-compete clause in their work contract, in exchange for an indemnification. In this case, however, the clause was agreed between the employer and its competitor, not between the employer and its employee. Thus, the employee’s claim was about the indemnification that he should have received in exchange for the restraint on his labor. Regarding this claim, the employer argued that this was a non-solicit clause that could not be properly characterized as a non-compete clause, and, as a result, the employee was entitled to no indemnification under the French Labor Code. However, the Court was not misled by the employer’s mechanisms to avoid the regulation on non-compete; instead of reasoning on the non-compete clause qualification ground, the Court acknowledged the freedom to work of the employee, that the agreement between the two companies was unreasonably restraining this freedom, and thus, the employee was entitled to damages for the injury he suffered from this restriction.

⁹⁴ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-40.547.

⁹⁵ Under the French Labor Code, the illegal termination of the employee’s contract by the employer entitles the employee to damages. The employee is not entitled to such damages when he quits voluntarily his job, unless his departure is justified by the illegal behavior of the employer; then the employee can claim damages before the labor courts.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

In Germany, the commercial laws specifically treat the no-hiring agreements. Under the Section 75f of the German Commercial Code (Handelsgesetzbuch, “HGB”), the no-hire agreements covering sales agents are not binding⁹⁶. In 2014, the highest German Civil Court, *Bundesgerichtshof* (BGH), held that this provision was applicable to any no-hire and no-poach agreements between two employers⁹⁷. This case followed the High-Tech cases in the United States which received considerable attention in Germany. The Court furthermore acknowledged situations where the no-poaching agreements were lawful such as agreements in the context of the acquisition of a company, or within the framework of a distribution agreement between independent companies.

At the EU level, the no-poaching agreements will also be treated under the TFEU provisions dealing with the free movement of persons in the EU.

Under Section 1 of Article 45 of the TFEU, the “[f]reedom of movement for workers shall be secured within the Union”. This right given to workers in the EU “entail[s] the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment”. Because the working conditions in the different Member States are not only governed by Member States’ laws or regulations, but sometimes by agreements and other acts concluded or adopted by private persons, the rights contained in the freedom of movement of the workers are enforceable both against the Member States and the individuals. The enforcement of this provision has led the courts to strike down any measures which restrain workers in their ability to enjoy their right of free movement in the internal market; this includes any discrimination on grounds of nationality, or any measure likely liable to hamper or to render less attractive the exercise of this freedom.

The European Court of Justice (“ECJ”) had the opportunity several times to apply Article 45 in cases where companies agreed not to hire each other’s employees, or where a private regulation created a restraint in the labor market. In the *Walrave* case, the ECJ held that the rule on non-discrimination applied to the rules of the *Union Cycliste Internationale* (the world governing body for sports cycling), relating to medium-distance world cycling championships

⁹⁶ Section 75f HGB provides that “ [i]n the case of an agreement by which a principal committed a trade assistant who is or has been in the service at this one other principal to not or only under certain conditions, the resignation shall be free both parts. Under the agreement, neither complaint nor Defense takes place.” (translation provided by Global-Regulation on <https://www.global-regulation.com/>).

⁹⁷ Judgment of the I. Civil Senate of 30.4.2014 - I ZR 245/12, available at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=68900&pos=0&anz=531>.

behind motorcycles, according to which the pacemaker must be of the same nationality as the stayer⁹⁸.

In the *Angonese*⁹⁹ case, the plaintiff Italian citizen was denied participation in recruitment organized by a private banking company because he did not fulfil the requirement to obtain a certificate of bilingualism (in Italian and German) issued only in one particular province of a Member State, although he proved he was perfectly bilingual. The ECJ ruled that Article 45 TFEU precluded such requirement, because it was a disproportionate restraint of the plaintiff's freedom of movement in relation to the aim to assess one applicant's knowledge.

All these cases do not involve collusion between employers. Still, it enforces EU law against restraints on the labor market for the purpose of the protection of the fundamental freedoms in the internal market whereas in the U.S. these cases would probably have been treated under antitrust laws.

4. RELEVANCE AND EFFICIENCY OF THE ANTITRUST ENFORCEMENT STRATEGY

The DOJ antitrust enforcement against no-poaching agreements draws a strategy of deterring the employers from engaging in these practices. This strategy proved effective and the tide of no-poaching agreements is indeed on the way to turning. However, this strategy might not necessarily address entirely the concerns that triggered the attention on no-poaching agreements in the first place. Moreover, the zealous antitrust enforcement against no-poaching agreements should not overshadow related issues that could undermine, in the long-term, the enforcers' efforts.

4.1. Is Antitrust Well Equipped to Answer the Issue of Populism?

The shift of antitrust enforcement against no-poaching agreements in the United States, from civil action towards criminal action, as far as it has been virtual so far, express nonetheless a deeper concern among the U.S. authorities in the flows of populism¹⁰⁰.

Concerns regarding the restraints on labor need to be understood within the context of rising populism, which can be observed in most of our societies. Antitrust is not unfamiliar with populism concerns; antitrust was born and developed to address these concerns more than a

⁹⁸ CJEC, December 12, 1974, 36-74, *Walrave*, para. 34.

⁹⁹ CJEC, June 6, 2000, C-281/98, *Angonese*.

¹⁰⁰ For a thorough definition of the concept of 'Populism' nowadays, *See* C. Mudde, "How populism became the concept that defines our age", *The Guardian*, 22 November, 2018.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

century ago. This is totally legitimate today for antitrust to be an essential tool against populism. In this regard, the strong antitrust enforcement policy promoted by American enforcers is more than welcome. Notwithstanding our skepticism about the implementation of this strategy¹⁰¹, the adverse effect that no-poaching agreements have on competition, and, in addition, the particular prejudice it represents to the workers, are undeniable. The antitrust enforcement is right not to ignore these problems. Some even regret that antitrust enforcement is not stronger. A weak antitrust enforcement against no-poaching agreements is dangerous, not only to the workers, but also to antitrust itself: populism tends to jeopardize antitrust policies; the more populism has room to grow, the less antitrust will be supported, to the detriment of the welfare of the consumers and the workers.

Strong antitrust enforcement, however, cannot be the solution to the whole problem. Professor Shapiro¹⁰² thus acknowledged that in order to “protect and preserve this mission [a strong antitrust enforcement policy in answer to populism], it is important to recognize that antitrust cannot be expected to solve the larger political and social problems facing the United States today. In particular, while antitrust enforcement does tend to reduce income inequality, antitrust cannot and should not be the primary means of addressing income inequality; tax policies and employment policies need to play that role”¹⁰³.

The view that antitrust enforcement is not the only answer to compensate the victims of the “rigged economy” echoed the analysis of Frédéric Jenny, Chairman of OECD Competition Committee, providing that “competition authorities have held the view that there are other policy instruments than competition law to ensure that the losers in the competitive game are compensated”¹⁰⁴. He further said that “[r]edistribution, even when it works, is like putting a Band-Aid on a wound, but it’s not preventing the wound in the first place”.

The European example shows that remedies can be found in many aspects of our legal system, including labor regulations, commercial and contractual laws, etc. For instance, labor regulations in the United States could be a path. The unions of workers could outweigh the effects workers can feel from the restraints in the labor market.

¹⁰¹ See, *infra* Part II.C.

¹⁰² Transamerica Professor of Business Strategy at the Haas School of Business at the University of California at Berkeley.

¹⁰³ See C. Shapiro, “Antitrust in a Time of Populism”, *supra* note 21, p. 29.

¹⁰⁴ F. Jenny, Chairman of OECD Competition Committee, Interview by K. Katona, *The Antitrust Source*, www.antitrustsource.com, June 2018.

In the research for more remedies outside those provided by the antitrust laws, the antitrust enforcement should also be framed. The criminal enforcement promised and promoted by the DOJ is, even if not implemented yet, debatable. In a study on rational incentives and criminal justice reform¹⁰⁵, Professor Keith Hylton¹⁰⁶ underlined that in the area of price-fixing, the enforcer discretion and the high offender stakes¹⁰⁷ tend to create instances of unequal treatment by enforcers of similar cases. As an example, Professor Hylton pointed out the different treatment between foreign firms, mostly from Asia, that have been pursued criminally for their cartel activities, and domestic Silicon Valley firms that received civil treatment for their participation in no-poaching agreements, even though the DOJ considered these practices as *per se* illegal. If a difference of treatment is perceived, this would lead “to suggestions that antitrust enforcement is either discriminatory or deliberately structured in a manner that has had a discriminatory impact”¹⁰⁸. In sum, the criminal enforcement could create more new problems than viable solutions to the matter of populism.

That is why Professor Hylton advocates “that in the area of price fixing, the role of criminal law enforcers should be more limited than it is today”¹⁰⁹. Although this recommendation applies to all price-fixing activities beyond horizontal restraints in the labor market, it is specifically significant within the context of the DOJ’s enforcement strategy choosing criminal law as the main tool against no-poaching agreements. Instead, Professor Hylton suggests that the “[a]ntitrust enforcement should fall under the tort regime, not the criminal justice system”¹¹⁰. This echoes the different theories that are implemented in Europe to fight these agreements.

Notwithstanding the lack of a “special functional role” for criminal law, agencies remain at the forefront of the fight in detecting, investigating, and sentencing these cartels under civil law. But “the remaining work should be left to private class action attorneys”¹¹¹.

¹⁰⁵ K. N. Hylton, “Whom Should We Punish, And How? Rational Incentives And Criminal Justice Reform”, *William & Mary Law Review*, 2018, vol. 59, p. 2513.

¹⁰⁶ William Fairfield Warren Distinguished Professor of Boston University and Professor of Law at Boston University School of Law.

¹⁰⁷ It is suggested that high offender companies, especially in the technology sector, are able to implement an influential funding and lobbying force directed to deter the enforcer from bringing criminal charges.

¹⁰⁸ *Ibid.* at p. 2570.

¹⁰⁹ *Ibid.* at p. 2553.

¹¹⁰ *Ibid.* at p. 2549.

¹¹¹ *Ibid.* at p. 2553.

4.2. Rising Issues in the Enforcement Against No-Poaching Agreements

The harm done to the labor market over the past years not only alerted antitrust enforcers; legislators recently joined the fight and called for a statutory solution. In reaction to the news about the fast-food franchisors-franchisees deal locking their employees to one store, the Democratic Senators Cory Booker (N.J.) and Elizabeth Warren (Mass.) introduced in March 2018 The End Employer Collusion Act, a bill targeting the no-poaching agreements to clarify their illegality and giving workers the ability to sue and the right to claim damages. The initiative was quickly followed in the House of Representatives in April 2018 by representative Keith Ellison (D.-MN,) who introduced a similar bill to the End Employer Collusion Act. In addition, representative Joseph Crowley (D.-NY) introduced the Workforce Mobility Act, a bill that would establish a presumption that non-compete agreements contained in employment contracts are illegal.

Basically, the bills intend to support the current actions taken by the antitrust enforcers against no-poaching agreements; the bills seek to extend the scope of antitrust laws.

With the End Employer Collusion Act, legislators want to prohibit restrictive employment agreements, defined as any agreement between two or more employers, including through a franchise agreement or a contractor-subcontractor agreement which prohibits or restricts one employer from soliciting or hiring another employer's employees or former employees. In other words, the bill exactly targets the agreements that the DOJ and the FTC already covered in their guidance. Then, what is the interest to pass a bill to prohibit agreements which are already deemed unlawful? One of the possible answers, and also the most logical, is that the bill would clarify that the rule of reason is no longer the standard to be applied to no-poaching agreements, which could be seen as criticism of the current antitrust development. The bill, if passed, will have a real impact on the enforcement policy. This legislation would likely preempt the application of the Sherman Act, and, as a result, the rule of reason by which courts have analyzed such restraints. Thus, the legislation might provide the antitrust enforcers with a clear legal basis to treat the no-poaching agreements under the *per se* rule.

As to the Workforce Mobility Act, Section 2 provides that a "covenant not to compete contained in an employment contract made between an employer and an employee is anticompetitive and violates the antitrust laws unless the employer establishes by a preponderance of the evidence that the covenant does not have an anticompetitive effect or that the pro-competitive effects outweigh the anticompetitive harm." In other words, the bill wants

to establish a statutory presumption of illegality for the non-compete agreements, not only between two employers, but between an employer and an employee. The shift here will be even more significant, since such non-compete clauses have been accepted in years of precedents and are accepted in most of the legal system. This Act would lead to prohibit some vertical restraints *per se*, while the precedents all indicate that the *per se* rule is inapplicable for vertical restraints.

In addition to the statutory answer issue, the enforcement against no-poaching agreements is likely to impact Trade Secret laws. Many justifications provided for the no-poaching and no-hiring agreements, especially from the High-Tech companies, were the protection of trade secrets.

As part of the rule of reason analysis, the court will ordinarily take into account this justification to assess the reasonableness of a restriction. The protection of trade secrets has obvious pro-competitive effects. Unlike the intellectual property rights, trade secrets do not receive legal protection and are only protected by the secret that must remain confined within the walls of the company. The trade secret is necessarily exposed to the employees, especially the skilled ones, who are dealing with the process, product or technic that is secret. Because the employee is free to quit his job, companies tend to protect their secrets from their competitors by any means. No-poaching agreements appear as one solution for this matter. Companies have mutual interests in protecting their own secrets and find this method more protective than a contractual obligation between the employee and the employer, that usually will not be enforceable against the competitor who wants to employ an employee. The protection of trade secrets is a protection of their innovation.

On the other hand, some assert that in some industries, “allowing employees to move freely among companies can dramatically increase the pace of innovation”. Indeed, “[k]nowledge spillover” prevents innovative companies from repeating mistakes previously made by their competitors and leads all the players of one industry to contribute to the innovation, instead of insulating innovation between the hands of one. In other words, “[k]nowing that your rival will soon hire your best employees, and learn all your secrets, encourages firms to avoid resting on their laurels”¹¹².

¹¹² C. Duhigg, “STOP, THIEF”, *New Yorker*, 0028792X, 10/22/2018, vol. 94, Issue 33.

ONE SIZE DOES NOT FIT ALL

In order to offer companies a legal means to protect their trade secrets efficiently, the Congress passed in 2016 the Defend Trade Secrets Act (“DTSA”)¹¹³. The DTSA provides companies holding a trade secret with a federal cause of action over trade-secret misappropriation and can lead to block employees from working for competitors if they take trade secrets.

This legislation gives the High-Tech companies recently involved in the HTEAL an incredible opportunity to legally block their employees from working for their competitors. The DTSA is a powerful deterrent for the employees who would try to challenge their ex-employer authority. This concern is supported by the upsurge in the number of federal trade-secret suits since the DTSA was enacted¹¹⁴.

Finally, another issue arose recently related to the enforcement of arbitration clauses in employment contracts. Indeed, in *Epic Systems Corp. v. Lewis, Mitsubishi*¹¹⁵, the U.S. Supreme Court ruled that employees and employers are allowed to agree that any disputes between them will be resolved through one-on-one arbitration, even when it prevents employees from bringing their claims in class or collective actions. This ruling “could be a fatal blow to the no-poach class actions”¹¹⁶.

CONCLUSION

Antitrust enforcement against no-poaching agreements is necessary. Naked no-poaching agreements are harmful to workers, and antitrust laws are well suited to fight them. The recent agitation around this matter denotes a deeper concern. In the renewed interest of populism today, more vigorous antitrust enforcement has been proposed as one of the best answers. However, it seems that *one size does not fit all*. Antitrust enforcers must learn the limits of what antitrust can provide. Moreover, the recent shift in antitrust policy does not necessarily provide good answers. Zealous antitrust enforcement should not shadow other issues that could jeopardize the efforts of enforcers. That is, I think, the real challenge for American antitrust enforcement on no-poaching agreements.

¹¹³ S.1890 - Defend Trade Secrets Act of 2016.

¹¹⁴ See C. Duhigg, “STOP, THIEF”, supra note 112: “[M]ore than eleven hundred [federal trade secret suits] were filed last year, most of them by large companies against employees who went to work for other American firms. There have been more cases in California than in any other state”.

¹¹⁵ *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612, 200 L. Ed. 2d 889 (2018).

¹¹⁶ D. Hoffer, E. Prewitt, “To hire or not to hire: U.S. cartel enforcement targeting employment practices”, *Conurrences*, 2018, issue 3, p. 78-85.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE

Anna Nowak*

Table des matières

INTRODUCTION	273
1. LA CONTESTATION DIFFICILE DU BIEN-FONDE DES DECISIONS.....	275
1.1. LA NOTION DE L' AFFECTATION INDIVIDUELLE EN MATIERE D' AIDES D'ÉTAT	276
1.2. LA SEVERITE ET L' INCOHERENCE DES COURS EUROPEENNES.....	279
2. L'INEFFICACITE DES VOIES ALTERNATIVES POUR CONTESTER LES MESURES D'AIDE D'ÉTAT	283
2.1. LES INCERTITUDES LIEES AU RENVOI PREJUDICIEL, A L'EXCEPTION D'ILLEGALITE ET A L'INTERVENTION	283
2.2. UNE SPECIFICITE DES AIDES D'ÉTAT : LA PROTECTION DES DROITS PROCEDURAUX DES REQUERANTS	286
3. UNE APPROCHE PARTICULIERE DE LA COUR AU MANQUE DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE.....	289
3.1. UN PROBLEME RECONNU MAIS ECARTE	289
3.2. L' OBSOLESCENCE DE L' APPROCHE AU CRITERE D' AFFECTATION INDIVIDUELLE	292
CONCLUSION	295

* Doctorante en droit, Institut Universitaire Européen, Florence, Italie, Anna.Nowak@EUI.eu.

Abstract

This article deals with the topic of effective judicial protection for companies wishing to challenge a Commission decision on State aid in favour of their competitor. The article provides an analysis of the problem of the lack of access to the judge in the context of the action for annulment, which is due to a very restrictive interpretation of the criterion of individual assignment by the contested act. Then, the article explores alternatives to direct action, in particular that of a reference for a preliminary ruling to the Court of Justice, as well as those linked to the protection of the procedural rights of actors in the proceedings before the Commission. Since these possibilities do not prove to be reliable solutions, the strict approach to admissibility requirements should be reconsidered. For several reasons, the discussion regarding access to a judge for competitors (and non-privileged actors more generally) could and should be resumed, in order to develop a more reliable standard for competitors bringing cancellation proceedings.

Résumé

Cet article aborde le sujet de la protection juridictionnelle effective des entreprises, qui souhaitent contester une décision de la Commission en matière d'aides d'état prise en faveur de leur concurrent. L'article apporte une analyse du problème du manque d'accès au juge dans le cadre de l'action en annulation, qui est dû à une interprétation très restrictive du critère d'affectation individuelle par l'acte attaqué. Ensuite, l'article découvre les alternatives au recours direct, notamment celle du renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice, et celle liée à la protection des droits procéduraux des acteurs dans la procédure devant la Commission. Dès lors que ces possibilités ne se montrent pas comme des solutions fiables, l'approche stricte aux conditions de recevabilité devrait être reconsidérée. Pour plusieurs raisons, la discussion sur l'accès au juge des concurrents (et acteurs non privilégiés plus généralement) pourrait et devrait être reprise, afin d'élaborer un standard plus fiable pour les concurrents engageant une action en annulation.

INTRODUCTION

La question portant sur les conditions de recevabilité des recours en annulation introduits par les particuliers fait l'objet de débats depuis la création des Communautés européennes¹. Malgré le fait que les arguments avancés soient de plus en plus complexes et des efforts vers un accès simplifié à la justice soient remarquables, cette discussion reste toujours d'actualité. En effet, l'accès au prétoire européen est limité par la lettre du traité mais surtout par l'interprétation opérée par le Tribunal et la Cour de justice.

Au fil des années, les droits des particuliers de contester la légalité des actes de l'Union furent développés², et le recours direct devint plus accessible aux personnes physiques et morales³. Néanmoins, ces développements louables ne s'étendirent pas de manière égale sur tous les domaines du droit de l'Union européenne. Cela donna naissance à tout un éventail de réserves, notamment mises en évidence en matière d'aides d'État, où le requérant est un concurrent du récipient d'une aide, attaquant une décision de la Commission européenne.

Dans le cadre du droit européen d'aides d'État, la Commission contrôle les mesures accordées par les États membres aux entreprises. En effet, octroyer un avantage sélectif à une entreprise ou un groupe d'entreprises est contraire au droit de l'Union, sauf si l'aide apporte des bénéfices justifiant une exemption. Afin d'effectuer une telle évaluation, la Commission vérifie, dans un premier temps, si la mesure constitue une aide au sens de l'article 107 paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), qui impose cinq conditions permettant de qualifier une mesure d'aide⁴.

Dans un second temps, sur la base des paragraphes 2 et 3 de l'article 107, la Commission effectue un examen de compatibilité, consistant à la distinction entre « *good aid* » : bien conçue, ciblée et bénéfique pour l'économie, et « *bad aid* »⁵, qui constitue « un obstacle à la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé »⁶. Le jugement n'est

¹ V. Fauré, *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, p. 237.

² A. Ward, *Judicial Review and the Right of Private Parties in EU Law. Second Edition*, Oxford University Press, 2007, p. 365.

³ A. Barav, « Le droit au juge devant le Tribunal de Première Instance et la Cour de Justice des Communautés Européennes », in J. Rideau, (dir.), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 191.

⁴ Selon l'article 107(1) TFUE: « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.* »

⁵ C. Quigley, *European State Aid Law and Policy*. Hart Publishing, 3^{ème} éd., 2015, p. 255.

⁶ CJCE, Arrêt de la Cour du 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*, aff. 30/59, ECLI:EU:C:1961:2, point 20.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIÈRE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPÉENNE

pas toujours évident et nécessite de recourir à des appréciations économiques avancées. De plus, la Commission dispose d'une marge d'appréciation importante ; elle applique d'ailleurs les règles établies par elle-même dans de nombreux actes de *soft law*, tels que communications, lignes directrices et encadrements, qui ne sont pas contestables par les particuliers.

Dans le contexte des recours en annulation contre les décisions de la Commission en matière d'aides d'État, la question la plus problématique concerne les concurrents du bénéficiaire de l'aide et cela pour au moins deux raisons.

Premièrement, environ 97% des décisions de la Commission, constituant plus de 3500 actes, sont celles qui approuvent les mesures d'État, car ne constituant pas une aide ou étant compatibles avec le marché intérieur⁷. Dans le même temps, ce sont uniquement les entreprises concurrentes qui veillent à la légalité de ces décisions, dès lors qu'elles sont les seules parties intéressées par leur annulation. De plus, l'ensemble des États membres dépensa en aides plus de 102 milliards d'euros en 2016⁸. L'ampleur du problème est alors non-négligeable.

Deuxièmement, la jurisprudence de la Cour portant sur l'interprétation des conditions de recevabilité des recours formés par les concurrents du bénéficiaire de l'aide est assez spécifique et surtout particulièrement stricte. En effet, seulement 40% de recours introduits par les concurrents depuis 2010 ont été déclarés recevables⁹. Aucun autre acteur n'éprouve autant de difficultés pour introduire un recours en annulation¹⁰. Par conséquent, remplir les conditions de recevabilité se présente comme « extrêmement difficile »¹¹ et comme « une véritable course d'obstacles »¹². Cela donna naissance à une critique assez marquée : la littérature sur le sujet parle d'une approche « *outdated and paternalistic* »¹³, « douée d'immutabilité »¹⁴ ainsi que

⁷ Dans la période entre le 1^{er} janvier 2010 et le 1^{er} octobre 2018; Commission européenne, *State Aid Statistics*, disponible en ligne.

⁸ Selon la dernière étude disponible : Commission européenne, *State aid scoreboard 2017*, disponible en ligne : ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html .

⁹ Entre le 1^{er} janvier 2010 et le 30 juin 2018 A. Nowak, « Evidence requirements in the State Aid Compatibility Assessment » *European State Aid Law Quarterly*, 2018, vol. 17, n° 2, p. 218.

¹⁰ Cependant les bénéficiaires doivent démontrer l'appartenance à « *un cercle restreint* » dans le cas des régimes d'aides, pendant que la situation des associations d'entreprises se rapproche à celle des concurrents. Voir C. Quigley, *op. cit.*, p. 708-710 ; TPICE, Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, *AIUFFASS et AKT*, T-380/94, ECLI:EU:T:1996:195, point 50.

¹¹ P. Craig, *EU Administrative Law. Second Edition*, Oxford University Press, 2012, p. 306.

¹² M. Karpenschif, *Droit européen des aides d'État*, Bruylant, 2015, p. 246.

¹³ Selon T. Arnulf dans: V. Fauré, *op. cit.*, pp. 258.

¹⁴ A. Barav, *op. cit.*, p. 196.

d'un « carcan constitué par l'exigence de l'intérêt direct et individuel [qui] apparaît à la fois comme excessivement rigoureux et, de façon paradoxale, relativement erratique »¹⁵.

La sévérité dans l'interprétation des conditions de recevabilité éveille instantanément des doutes quant au droit à une protection juridictionnelle effective (le droit au juge) des concurrents dans l'Union européenne. La Cour put souligner à plusieurs reprises que le droit à un recours effectif devant une juridiction compétente est un principe général de droit à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres, consacré par la CEDH ainsi que par la jurisprudence de la Cour¹⁶. Le droit au recours effectif a finalement été inséré dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La question de la protection juridictionnelle n'est pas seulement doctrinale mais aussi très pratique¹⁷. En ce qui concerne la perception de ce droit, il ne saurait être limité à la simple possibilité de former un recours juridictionnel mais doit être étendu sur le droit d'« exercer utilement » les voies de droit¹⁸. Bien que cet argument soit utilisé notamment afin d'en déduire l'obligation des États membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif¹⁹, la nécessité du respect de ce droit par l'Union elle-même paraît tout à fait évidente.

L'analyse du respect de ce principe dans le contexte des aides d'État comprendra trois volets. Premièrement, il convient d'exposer le problème du manque d'accès au juge pour les entreprises concurrentes dans le cadre de l'action en annulation (1). Deuxièmement, il convient d'analyser les alternatives au recours direct contre le bien-fondé des décisions, afin d'établir si cet accès limité est compensé par d'autres voies de recours (2). La difficulté d'engager un examen de légalité des décisions en matière d'aides d'État met en exergue la question plus générale de pertinence du critère *Plaumann*. Dans ce contexte, la difficulté d'accès au juge peut être perçue comme un cas d'obsolescence par rapport au contexte dans lequel l'Union européenne opère actuellement (3).

1. LA CONTESTATION DIFFICILE DU BIEN-FONDE DES DECISIONS

La recevabilité du recours attaquant le bien-fondé d'une décision est loin d'être évidente. En effet, l'exigence de l'affectation individuelle est interprétée de façon tout à fait

¹⁵ G. Vandersanden, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 539.

¹⁶ Notamment CJCE, Arrêt de la Cour du 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, points 18 à 21.

¹⁷ Vandamme dans : A. Ward, *op. cit.*, pp. 357.

¹⁸ F. Picod, « Le droit au juge en droit communautaire », in Rideau, Joël (dir.), *op. cit.*, p. 146 et 147.

¹⁹ *Ibid.*

spécifique (1.1). De plus, la mise en œuvre de cette interprétation se montre très stricte et, à un certain point, incohérente (1.2).

1.1. La notion de l'affectation individuelle en matière d'aides d'État

À la base du problème de recevabilité des recours en annulation se trouve la distinction entre deux types de requérants souhaitant engager un contrôle de légalité. En effet, la distinction est opérée entre les acteurs dits « privilégiés », « semi-privilégiés » et ceux « non privilégiés ».

Cette distinction, lourde de conséquences entre les conditions de recevabilité pour les personnes privilégiées et les requérants ordinaires, fut effectuée dès le Traité de Rome. En effet, l'article 173 du traité CEE, devenu 230 TCE et finalement 263 TFUE, réserve aux États membres, le Parlement européen, le Conseil et la Commission le droit de déclencher le contrôle de légalité « des actes législatifs, du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale autres que les recommandations et les avis ainsi que des actes du Parlement et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ».

Quant à la deuxième catégorie de requérants, l'alinéa 4 impose des conditions spécifiques de recevabilité :

« Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

L'imposition de telles limites à l'*actio popularis* s'explique par le besoin de garder le droit à la protection contre les actes de l'Union dans les limites gérables et efficaces²⁰. La Cour interpréta les notions introduites dans le Traité, surtout en ce qui concerne l'exigence de l'affectation individuelle.

Afin d'examiner la condition d'affectation individuelle dans le cadre des recours contre les décisions en matière d'aides d'État, la Cour se réfère systématiquement à la définition formulée dans l'affaire *Plaumann*²¹. Selon la fameuse formule,

« les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les

²⁰ G.-L. Tosato, L. Bellodi, *EU Competition Law. Volume I. Procedure Antitrust-Mergers-State Aid*, Claeys & Casteels, 2^{ème} éd., 2015, pp. 602.

²¹ CJCE, Arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, *Plaumann*, aff. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17.

caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire »²².

Néanmoins, pour les entreprises concurrentes cette notion fut davantage précisée, en introduisant deux éléments additionnels : la participation à la procédure et une affectation substantielle de la position concurrentielle du requérant sur le marché.

Historiquement, le critère central pour l'appréciation d'une entreprise comme individuellement concernée était celui de sa participation à la procédure administrative précédant l'adoption de la décision. En effet, dans l'arrêt *Cofaz*, la Cour souligna l'importance du rôle joué dans le cadre de la procédure précontentieuse et le besoin de considérer des éléments tels que :

« le fait que cette entreprise a été à l'origine de la plainte ayant donné lieu à l'ouverture de la procédure d'enquête, qu'elle a été entendue en ses observations et que le déroulement de la procédure a été largement déterminé par ses observations »²³.

Cette approche adoptée par la Cour fit objet d'une forte critique. Selon la jurisprudence *Cofaz*, le comportement adopté par l'entreprise était essentiel pour l'examen de son affectation. Cependant, cela peut être considéré comme contredisant la jurisprudence *Plaumann*²⁴. En effet, cette dernière impose de tenir compte de « certaines qualités [...] particulières ou d'une situation de fait » caractérisant le requérant ; l'affectation individuelle résulte alors d'une « qualité objective de concurrents de l'entreprise bénéficiaire »²⁵. En effet, le simple fait d'avoir participé à la procédure ne rend pas l'entreprise objectivement « plus » concernée, dès lors que l'affectation individuelle se réfère à sa position sur le marché, et doit être indépendante des démarches administratives entreprises.

Neuf ans après le jugement dans cette affaire, le Tribunal répondit aux critiques en atténuant la condition de participation à la procédure. Dans ce cadre, deux arrêts furent rendus, tous les deux contenant les mêmes énonciations sur ce point²⁶.

Plus précisément, il s'agissait de la recevabilité des recours formés par les entreprises n'ayant pas participé à la procédure formelle d'examen. Selon le Tribunal, l'arrêt *Cofaz* ne

²² *Ibid.*, p. 107.

²³ CJCE, Arrêt de la Cour du 28 janvier 1986, *Cofaz*, aff. 169/84, ECLI:EU:C:1986:42, points 24 et 25.

²⁴ M. Karpenschif, *op. cit.*, p. 247.

²⁵ L. Gyselen, « La transparence en matière d'aides d'état: les droits des tiers », *Cahier de droit européen*, vol. 29, 1993, pp. 417-444.

²⁶ TPICE, Arrêt du Tribunal du 27 avril 1995, *ASPEC*, aff. T-435/93, ECLI:EU:T:1995:79, et Arrêt du Tribunal de première instance du 27 avril 1995, *ACC*, aff. T-442/93, ECLI:EU:T:1995:80.

devrait pas être strictement interprété, menant à un constat que si une entreprise ne participa pas à la procédure, elle ne pourrait certainement pas être considérée comme individuellement concernée²⁷. Le Tribunal ajouta que dans ce cas-là, l'affectation individuelle peut être démontrée par le requérant autrement, « par renvoi à des circonstances spécifiques l'individualisant de manière analogue à celle du destinataire »²⁸.

En effet, les sociétés requérantes dans ces deux affaires réussirent à démontrer leur affectation individuelle²⁹.

En rejetant l'exigence de participation à la procédure, la Cour examine le degré « effectif » de la participation de l'entreprise à la procédure³⁰. En pratique, cela signifie que n'est pas suffisante une participation simplement formelle ; l'entreprise doit être véritablement engagée dans la procédure, étant par exemple à l'origine de l'examen de compatibilité ou ayant présenté des observations utiles pour cet examen.

Finalement, la seule participation active de l'entreprise à la procédure ne saura en tout état de cause suffire afin d'être individuellement concernée. En effet, il est toujours nécessaire de démontrer que la situation concurrentielle de la requérante est substantiellement affectée par la décision querellée³¹.

Ce critère d'affectation substantielle fut toujours présent dans la jurisprudence³² mais il devint ainsi central dans l'examen de caractère d'individuellement concernée de l'entreprise concurrente.

Afin que le Tribunal ou la Cour puissent constater une affectation substantielle de la position concurrentielle du requérant, il appartient à ce dernier d'établir qu'il se trouve dans une situation de fait l'individualisant d'une manière analogue à celle du destinataire. À cette fin, il faut prendre en compte l'importance de l'atteinte à sa position sur le marché et éventuellement,

²⁷ ASPEC, *op. cit.*, point 64 et ACC, *op. cit.*, point 49.

²⁸ *Ibid.*, respectivement points 70 et 64.

²⁹ En se référant aux éléments tels qu'un « nombre restreint des producteurs des produits concernés et de l'augmentation importante de la capacité de production qu'entraîneraient les investissements prévus par la société bénéficiaire ».

³⁰ M. Karpenschif, *op. cit.*, p. 248.

³¹ Notamment CJCE, Arrêt de la Cour du 22 novembre 2007, *Sniace*, aff. C-260/05 P, ECLI:EU:C:2007:700, point 60 et Trib. UE, Ordonnance du Tribunal du 21 janvier 2011, *Vtesse Networks*, aff. T-54/07, ECLI:EU:T:2011:15, point 93.

³² Aussi dans *Cofaz*, *op. cit.*, point 25.

le degré de sa participation à la procédure³³. La pratique jurisprudentielle apporte des précisions en ce qui concerne l'interprétation de cette condition.

Ainsi, depuis 1969 la Cour de justice a la même conception de l'affectation du concurrent. Elle souligne :

« la seule circonstance qu'un acte tel que la décision litigieuse est susceptible d'exercer une certaine influence sur les rapports de concurrence existant dans le marché pertinent et que l'entreprise concernée se trouvait dans une quelconque relation de concurrence avec le bénéficiaire de cet acte ne saurait [...] suffire pour que ladite entreprise puisse être considérée comme individuellement concernée par ledit acte »³⁴.

Il n'est pas nécessaire que le requérant ressente « une importante baisse du chiffre d'affaires, des pertes financières non négligeables ou encore une diminution significative des parts de marché à la suite de la concession de l'aide en question » puisque l'affectation de la position sur le marché peut également se traduire par « un manque à gagner ou une évolution moins favorable que celle qui aurait été enregistrée » en l'absence d'aide³⁵. En revanche, le requérant est tenu de délimiter le marché pertinent sur lequel sa position est affecté³⁶. Il n'appartient tout de même pas au Tribunal de se prononcer de façon définitive sur les rapports de concurrence au stade de l'examen de la recevabilité³⁷.

Ces règles générales guident l'évaluation de l'affectation individuelle mais aussi laissent au juge une discrétion assez importante. Or, il s'avère que le juge européen décida d'utiliser cette discrétion en adoptant une approche plutôt stricte, et en déclarant les actions inadmissibles dans la majorité des cas.

1.2. La sévérité et l'incohérence des cours européennes

Remplir la condition d'affectation substantielle paraît extrêmement difficile en pratique. En effet, le Tribunal et la Cour se montrent très sévères, en déclarant irrecevable une part importante de recours. Plusieurs exemples en apportent la preuve.

³³ CJCE, Arrêt de la Cour du 23 mai 2000, *Comité d'entreprise de la Société française de production*, aff. C-106/98 P, ECLI:EU:C:2000:277, point 41.

³⁴ CJCE, Arrêt de la Cour du 22 novembre 2007, *Espagne c/ Lenzing*, aff. C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698, point 32, voir aussi p.ex. arrêt de la Cour du 10 décembre 1969, *Eridania e.a./Commission*, affs. 10/68 et 18/68, ECLI:EU:C:1969:66, point 7 et ordonnance de la Cour du 21 février 2006, *Deutsche Post et DHL Express/Commission*, aff. C-367/04 P, ECLI:EU:C:2006:126, point 40.

³⁵ Notamment *Lenzing*, *op. cit.*, aff. C-525/04 P, points 34 et 35 et arrêt de la Cour du 22 décembre 2008, *British Aggregates*, aff. C-487/06 P, EU:C:2008:757, point 53.

³⁶ Arrêt du Tribunal du 12 juin 2014, *Sarc*, aff. T-488/11, ECLI:EU:T:2014:497, point 47.

³⁷ *Vtesse Networks*, *op. cit.*, point 98.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE

Les recours sont fréquemment rejetés puisque les requérants n'arrivent pas à démontrer de quelle manière leur position concurrentielle serait affectée de façon différente de celle de tous les autres concurrents du bénéficiaire de l'aide. Cela fut le cas dans l'affaire *Mojo Concerts*, où le requérant se considérait individuellement affecté du fait qu'il souhaitait construire une salle de concert qui serait en concurrence avec le bénéficiaire de l'aide sur le marché de l'exploitation des salles de concerts. Le Tribunal rejeta ce raisonnement en considérant, entre autres, que le marché fut délimité de manière incorrecte³⁸. De même, la Cour déclara irrecevable le recours introduit par l'association d'entreprises *Dansk Automat Brancheforening*, dès lors que les requérants ne se différenciaient pas suffisamment des autres opérateurs potentiellement affectés par la mesure. De surcroît, les conséquences négatives de la mesure affectaient tous les membres de l'association (au nombre de 80) et même l'ensemble des exploitants de jeux de machines à sous au Danemark et l'ensemble des exploitants de jeux dans des casinos physiques : l'affectation individuelle des requérants ne fut pas démontrée.³⁹

Finalement, dans l'affaire *Vtesse Networks*, le Tribunal trouva problématique le fait que le bénéficiaire (ainsi que la partie requérante) avait encore 34 autres concurrents. De surcroît, le Tribunal rejeta tout une série d'arguments avancés par *Vtesse*, notamment puisqu'ils ne justifiaient pas sa situation particulière par rapport aux autres opérateurs : ni une part de marché de 70 % détenue par le bénéficiaire, ni la perte des contrats de fourniture, ni le coefficient impôt/recettes ne sauraient prouver l'affectation substantielle⁴⁰.

Une tendance vers une interprétation de plus en plus stricte du critère d'affectation individuelle peut être observée au travers d'une analyse chronologique de la jurisprudence. En effet, dans un jugement de 1995⁴¹, le Tribunal sut conclure à l'existence de l'affectation individuelle sur la base d'éléments tels que le nombre restreint de producteurs des produits concernés mais aussi l'augmentation importante de la capacité de production qu'entraîneraient les investissements prévus par la société bénéficiaire des aides litigieuses⁴². Cet « ensemble d'éléments constitutifs d'une situation particulière » permet de caractériser les requérantes par rapport à tout autre opérateur économique⁴³.

³⁸ Trib. UE, Ordonnance du Tribunal du 26 janvier 2012, *Mojo Concerts*, aff. T-90/09, ECLI:EU:T:2012:30, points 44 à 46.

³⁹ Trib. UE, Arrêt du Tribunal du 26 septembre 2014, *Dansk Automat Brancheforening*, aff. T-601/11, ECLI:EU:T:2014:839, points 45 à 51.

⁴⁰ *Vtesse Networks*, *op. cit.*, point 97 à 111.

⁴¹ *ASPEC*, *op. cit.*.

⁴² *ASPEC*, *op. cit.*, point 70.

⁴³ *Ibid.*

En outre, en 2006, dans l'affaire *British Aggregates*⁴⁴, le Tribunal déclara recevable le recours introduit par une association regroupant des entreprises concurrentes du bénéficiaire de l'aide, des producteurs des granulats.

Le Tribunal trouva sans pertinence l'argument de la Commission selon lequel la part la plus importante de leur activité (en termes de chiffre d'affaires) ne se rapporterait pas aux granulats et ne serait dès lors pas assujettie à la taxe. En effet, cette activité des sociétés concernées n'était pas purement marginale⁴⁵. Sans pour autant examiner en quoi leur affectation différait par rapport à d'autres concurrents, il déclara alors qu'elle revêtait un caractère substantiel⁴⁶. Ce raisonnement fut confirmé par la Cour⁴⁷.

De même, en 2004 le Tribunal reconnut l'affectation substantielle de la requérante dans l'affaire *Lenzing c/ Commission*⁴⁸. Il se basa sur l'argument que l'aide accordée permit à un concurrent (*Sniace*) de vendre ses produits à des prix inférieurs de 20 % par rapport aux prix moyens de ses concurrents⁴⁹. Cela malgré la circonstance avancée par la Commission que la baisse générale des prix de plus de 30 % fut observée sur le marché ainsi qu'elle fut une conséquence des facteurs externes et non pas de l'octroi des prétendues aides⁵⁰. Pour le Tribunal, il était suffisant que l'influence des aides sur cette baisse ne puisse pas être exclue⁵¹.

N'empêcha pas non plus cette conclusion l'argument selon lequel le requérant eut de bons résultats et vu augmenter sa production au cours des années en cause⁵².

Cependant, face à des arguments très similaires présentés en 2014, la Cour fut remarquablement moins favorable aux requérants⁵³. En effet, la partie requérante faisait valoir qu'il existait un écart important entre les prix des logiciels offerts par elle et par le bénéficiaire de l'aide puisque ce dernier, grâce à l'aide obtenue, ne subissait pas la totalité des coûts de développement. Par conséquent, le chiffre d'affaires du requérant augmentait moins rapidement à partir de l'octroi de la mesure contestée et diminua jusqu'en 2010.

⁴⁴ TPICE, Arrêt du Tribunal du 13 septembre 2006, *British Aggregates*, aff. T-210/02, ECLI:EU:T:2006:253.

⁴⁵ *Ibid.*, point 62.

⁴⁶ *Ibid.*, points 55 à 69.

⁴⁷ CJCE, Arrêt de la Cour du 22 décembre 2008, *British Aggregates*, aff. C-487/06 P, point 53.

⁴⁸ Trib. UE, Arrêt du Tribunal de première instance du 21 octobre 2004, *Lenzing c/ Commission*, aff. T-36/99, ECLI:EU:T:2004:312.

⁴⁹ *Ibid.*, point 87.

⁵⁰ *Ibid.*, point 88.

⁵¹ *Ibid.*, point 89.

⁵² *Ibid.*, point 90.

⁵³ *Sarc, op. cit.*, plus particulièrement dans ses considérations contenues dans le point 56.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIÈRE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPÉENNE

Néanmoins, la Cour constata que compte tenu de la hausse, en moyenne, du chiffre d'affaires global de l'entreprise requérante, elle ne pourrait pas conclure que sa position concurrentielle fut substantiellement affectée et cela même s'il existait un écart de prix important. Avant de déclarer le recours irrecevable, la Cour ajouta que le requérant n'avait avancé aucun argument prouvant que son chiffre d'affaires global aurait augmenté de manière plus importante si la mesure contestée n'avait pas été octroyée.

En somme, afin de satisfaire les conditions imposées par la Cour, le requérant doit contenir dans son application des éléments suivants : une délimitation du marché pertinent de produit et géographique, sa part du marché et celle de ses concurrents, des modifications des parts du marché suite à l'octroi de l'aide, l'impact sur la part du marché du requérant, un calcul crédible et non-hypothétique de la perte économique soufferte à cause de l'aide, ainsi que la différenciation de la situation du requérant de celle des autres concurrents de l'entreprise bénéficiaire, plus ou moins en lien avec la mesure en question.

La situation semble pouvoir significativement changer à la suite de l'arrêt dans l'affaire *Montessori*. Dans cette affaire, le Tribunal a considéré⁵⁴, et la Cour a confirmé⁵⁵, qu'une décision de la Commission déclarant que le régime national ne constitue pas une aide d'État et que des aides octroyées en vertu d'un régime illégal ne peuvent pas être récupérées constitue un « acte réglementaire », c'est-à-dire un acte non législatif de portée générale. Par conséquent, il ne sera plus nécessaire de démontrer l'existence d'une affectation individuelle, l'examen se concentrant sur l'affectation directe et le manque de mesures d'exécution. Ce jugement permet d'espérer que le recours en matière d'aides d'État ne sera dorénavant plus représentatif des difficultés d'accès au juge⁵⁶.

Cependant, dans l'attente des développements suivant cet arrêt, et compte tenu du fait que le jugement ne couvre pas les cas des aides individuelles, l'interprétation de la notion d'affectation individuelle peut servir d'un exemple de complexité de la question de recevabilité.

En raison de l'incertitude liée à la recevabilité, les entreprises concurrentes ne peuvent pas effectivement déposer un recours en annulation contre le bien-fondé des décisions de la

⁵⁴ Trib. UE, Arrêt du Tribunal du 15 septembre 2016, *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commission*, aff. T-220/13, ECLI:EU:T:2016:484.

⁵⁵ CJUE, Arrêt de la Cour du 6 novembre 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commission*, aff. C-622/16 P, ECLI:EU:C:2018:873.

⁵⁶ Cf. *infra*.

Commission. Il s'avère donc pertinent d'analyser d'autres moyens, par lesquels les concurrents pourraient contester ces décisions.

2. L'INEFFICACITE DES VOIES ALTERNATIVES POUR CONTESTER LES MESURES D'AIDE D'ÉTAT

Les difficultés rencontrées par les entreprises à l'occasion du recours en annulation mettent en danger leur droit fondamental à un recours effectif, reconnu à l'article 47 de la Charte. En effet, les alternatives au recours direct présentent plusieurs défauts et ne constituent pas une garantie suffisante de ce droit (2.1.). De surcroît, la simplification des conditions de recevabilité de l'action en annulation quand le requérant défend ses droits procéduraux, se montre prometteuse mais non exploitée (2.2.).

2.1. Les incertitudes liées au renvoi préjudiciel, à l'exception d'illégalité et à l'intervention

À partir du moment où la possibilité d'accéder au juge dans le cadre du recours en annulation est limitée, les requérants sont renvoyés devant les juridictions nationales. En effet, le renvoi préjudiciel se présente comme une voie indirecte de contestation de la validité d'une décision⁵⁷, permettant ainsi de s'opposer à l'octroi d'aides d'État⁵⁸ et garantissant le respect du droit à une protection juridictionnelle effective⁵⁹. Néanmoins, cette alternative ne paraît pas satisfaisante afin de garantir la protection effective des personnes physiques et morales concernées. En effet, cette voie indirecte de contestation de légalité présente un nombre non-négligeable d'inconvénients qui en font un « substitut imparfait » de la libéralisation des conditions de recevabilité⁶⁰. De plus, en se référant au principe de coopération loyale, la Cour ignore que cela

« laisserait non résolu la plupart des problèmes liés à la situation actuelle, serait difficile à contrôler et à mettre en œuvre et impliquerait des interférences importantes avec l'autonomie procédurale nationale »⁶¹.

⁵⁷ Arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*, aff. C-50/00, ECLI:EU:C:2002:462, point 40 ; V. aussi A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice. Second Edition*, Oxford University Press, 2007, pp. 82.

⁵⁸ TPICE, Arrêt du Tribunal de première instance du 22 octobre 1996, *Salt Union*, aff. T-330/94, ECLI:EU:T:1996:154, point 39.

⁵⁹ CJUE, Ordonnance de la Cour du 15 janvier 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, affs. C-587/13 P et C-588/13 P, ECLI:EU:C:2015:18, point 49.

⁶⁰ P. Craig, *op. cit.*, p. 307.

⁶¹ Conclusions de l'Avocat général, M. Jacobs présentées le 21 mars 2002, dans l'affaire *UPA*, aff. C-50/00, point 102 (3).

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE

Premièrement, il est possible que le recours devant le juge national permettant le renvoi préjudiciel ne puisse pas être engagé. En effet, la possibilité elle-même ainsi que les modalités de contestation de différentes mesures étatiques visées par l'article 107 paragraphe 1 sont soumises aux règles du droit national. Par conséquent, la situation d'une absence de voies de recours internes permettant le renvoi préjudiciel est tout à fait envisageable⁶².

Deuxièmement, il est loin d'être certain que les réserves exprimées par l'entreprise dans le cadre de la procédure nationale se traduisent en un renvoi préjudiciel. En effet, le juge de première instance devrait d'abord constater que la décision de la Cour est nécessaire pour rendre son jugement et en tout cas, il ne serait pas obligé de poser la question⁶³.

Ce n'est qu'au juge de dernière instance que cette obligation s'impose, une fois que la question de validité est soulevée⁶⁴. Cependant, cette dernière notion reste assez problématique. En effet, dès lors que l'article 267 TFUE ne constitue pas une voie de recours ouverte aux parties à un litige pendant devant un juge national, il ne suffit pas qu'une partie soutienne que ce litige pose une question de droit de l'Union européenne pour que le juge national soit tenu de considérer qu'il y a question soulevée au sens de l'article 267⁶⁵.

De surcroît, les parties aux litiges ne participent pas activement à cette procédure prévue comme une coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice ; elles ne peuvent que se faire entendre, sans avoir un droit d'initiative⁶⁶. En effet, la décision de saisir la Cour n'appartient qu'au seul juge national⁶⁷. De plus, la détermination des questions à soumettre relève de la faculté de la juridiction de renvoi, les parties ne pouvant pas en changer la teneur⁶⁸.

Enfin, les procédures devant les tribunaux nationaux sont susceptibles d'accroître considérablement les délais et les coûts⁶⁹ pendant que leur qualité souffre tant d'un manque de participation du Conseil et de la Commission dans la procédure nationale que d'un manque de connaissances du juge national dans le domaine⁷⁰. Finalement et comme l'observa l'Avocat

⁶² L'argument soulevé p.ex. dans l'affaire *Salamander* ; TPICE, Arrêt du Tribunal de première instance du 27 juin 2000, T-172/98, T-175/98 à T-177/98, ECLI:EU:T:2000:168, points 72 à 74.

⁶³ L'article 267, alinéa 2 TFUE.

⁶⁴ L'article 267, alinéa 3 TFUE.

⁶⁵ CJCE, Arrêt de la Cour du 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, point 9.

⁶⁶ CJCE, Arrêt de la Cour du 9 décembre 1965, *Singer*, aff. 44-65, ECLI:EU:C:1965:122, p. 1199.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 1198.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Conclusions de l'Avocat Général M. Jacobs du 21 mars 1991, *Extramet Industrie*, aff. C-358/89, ECLI:EU:C:1991:144, point 72.

⁷⁰ P. Craig, *op. cit.*, p. 308.

général Jacobs, la Cour ne peut pas toujours se permettre un examen aussi approfondi qu'il le serait dans le cadre d'une voie directe de recours⁷¹.

Ces inconvénients résultent partiellement de la nature même du renvoi préjudiciel qui n'est qu'une procédure de coopération entre les juridictions nationales et la Cour⁷². Il n'en demeure pas moins qu'ils affaiblissent la protection du droit des entreprises garantie par l'article 47 de la Charte ainsi qu'ils peuvent avoir sur les entreprises un effet dissuasif⁷³. En pratique, les renvois préjudiciels en matière d'aide d'État portent surtout sur les questions d'interprétation de l'article 107 et 108 TFUE. Toutefois, quelques questions concernant la validité ont été posées⁷⁴. Généralement, la Cour trouva qu'il n'y avait pas raison d'examiner la question de validité⁷⁵, ou confirma la validité de la décision⁷⁶. Pourtant, dans un cas la Cour considéra effectivement une décision de ne pas soulever les objections d'être invalide. Cette conclusion fut tirée de l'observation que la Commission eut manqué d'examiner un élément important, ce qui rendait son appréciation « nécessairement entachée d'une erreur »⁷⁷. Par conséquent, il est possible qu'une décision de la Commission soit déclarée invalide, même s'il existe un seul exemple d'un tel résultat du renvoi préjudiciel.

Une autre possibilité de contestation de légalité d'un acte pourrait être celle donnée par l'article 277 TFUE. En effet, l'exception d'illégalité peut être levée à l'occasion d'une procédure devant la Cour de justice ou le Tribunal et peut mener à l'inapplicabilité de l'acte en l'espèce. Cependant, cette possibilité ne se présente pas comme un outil de lutte contre les décisions de la Commission pour la simple raison que celles-ci ne constituent pas les actes de portée générale, produisant des effets analogues à ceux d'un règlement⁷⁸. De plus, bien qu'il soit envisageable de contester ainsi la légalité des lignes directrices étant la base d'une décision, cette éventualité ne concerne que les personnes ayant la qualité pour agir contre la décision⁷⁹.

⁷¹ Conclusions de l'Avocat Général M. Jacobs du 21 mars 1991, *Extramet Industrie*, aff. C-358/89, ECLI:EU:C:1991:144, point 73.

⁷² *Singer, op. cit.*, p. 1199.

⁷³ P. Craig, *op. cit.*, p. 268.

⁷⁴ Dans les cas des affaires C-667/13, C-138/09, C-333/07, C-222/04, C-148/04, C-390/06 et C-333/07.

⁷⁵ CJCE, Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, aff. C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8 ; Arrêt de la Cour du 20 mai 2010, *Todaro Nunziatina*, aff. C-138/09, ECLI:EU:C:2010:291.

⁷⁶ CJCE, Arrêt de la Cour du 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, aff. C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774 ; Arrêt de la Cour du 5 mars 2015, *Banco Privado Português SA et Massa Insolvente do Banco Privado Português*, aff. C-667/13, ECLI:EU:C:2015:151.

⁷⁷ CJCE, Arrêt de la Cour du 22 décembre 2008, *Société Régie Networks*; aff. C-333/07, ECLI:EU:C:2008:764; point 116

⁷⁸ CJCE, Arrêt de la Cour du 6 mars 1979, *Simmenthal*, aff. 92/78, ECLI:EU:C:1979:53, point 40.

⁷⁹ CJUE, Arrêt du 20 septembre 2011, *Regione autonoma della Sardegna e.a.*, affs. T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, ECLI:EU:T:2011:493, points 206 et 208 à 210.

De même, les droits d'intervention qui pourraient potentiellement remédier à ce problème sont limités⁸⁰. En effet, une entreprise ne pourrait intervenir que dans le cadre d'un recours entre personnes physiques ou morales et présenter les conclusions ayant pour objet uniquement le soutien des conclusions de l'une des parties⁸¹. Elle devrait également prouver qu'elle est touchée directement par l'acte attaqué ainsi que démontrer l'existence d'un intérêt certain à la solution du litige⁸². Par conséquent, cet outil nécessite qu'un recours recevable soit initialement introduit par une personne physique ou morale, ce qui renvoie aux difficultés faisant l'objet du présent article. En effet, l'irrecevabilité du recours principal élimine la possibilité de faire valoir ses arguments dans le cadre d'une intervention.

2.2. Une spécificité des aides d'État : la protection des droits procéduraux des requérants

La spécificité de la procédure de contrôle d'aides d'État et plus particulièrement celle de sa première étape, l'examen préliminaire, exige un mécanisme de protection des droits procéduraux des entreprises concurrentes. En effet, l'examen préliminaire constitue un dialogue exclusif entre la Commission et l'État concerné, ne donnant aucune possibilité de s'exprimer aux autres acteurs, tels que les entreprises concurrentes⁸³. Par conséquent, si la Commission rend une décision mettant fin à la procédure à cette première étape, la démonstration de l'affectation directe et individuelle se montre quelque peu compliquée pour un concurrent souhaitant contester la décision.

Afin de faciliter la contestation de telles décisions, la Cour de justice rendit en mai et juin 1993, deux arrêts, dans les affaires *Cook*⁸⁴ et *Matra*⁸⁵. Tous les deux contiennent l'énonciation suivante :

« Lorsque, sans ouvrir la procédure de l'article 93, paragraphe 2, la Commission constate, sur le fondement du paragraphe 3 du même article, qu'une aide est compatible avec le marché commun, les bénéficiaires de ces garanties de procédure ne peuvent en obtenir le respect que s'ils ont la possibilité de contester devant la Cour cette décision de la Commission »⁸⁶.

⁸⁰ P. Craig, *op. cit.*, pp. 308.

⁸¹ Art. 40 alinéa 2 et 4 du Statut de la Cour de justice de l'Union Européenne.

⁸² TPICE, Arrêt du Tribunal de première instance du 22 février 2000, *ACAV e.a.*, T-138/98, ECLI:EU:T:2000:45, points 13 et 14.

⁸³ Les articles 4 et 5 du Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JO L 248*, 24 septembre 2015, p. 9–29 (règlement de procédure).

⁸⁴ CJCE, Arrêt de la Cour du 19 mai 1993, *Cook*, aff. C-198/91, ECLI:EU:C:1993:197.

⁸⁵ CJCE, Arrêt de la Cour du 15 juin 1993, *Matra*, aff. C-225/91, ECLI:EU:C:1993:239.

⁸⁶ *Cook*, *op. cit.*, point 23 et *Matra*, *op. cit.*, point 17.

La Cour introduit alors la possibilité pour les entreprises concurrentes de contester la décision de la Commission de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen au nom de la protection de leurs droits procéduraux.

Ainsi, afin de contester la non-ouverture de la procédure formelle, l'entreprise n'a besoin que de démontrer qu'elle est une « partie intéressée ». La définition de cette notion fait objet de l'article premier, lettre h) du règlement de procédure. En effet, il définit comme partie intéressée « toute personne, entreprise ou association d'entreprises dont les intérêts pourraient être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier le bénéficiaire de celle-ci, les entreprises concurrentes et les associations professionnelles ».

La jurisprudence de la Cour apporta une certaine simplification pour les entreprises concurrentes. Dans son arrêt dans l'affaire *Kronopoly*⁸⁷, la Cour constata qu'il est suffisant que le requérant définisse dans sa requête l'objet de son recours, en identifiant tout simplement la décision qu'elle souhaite voir annulée⁸⁸.

De surcroît, la Cour ne fait pas de distinction entre une décision de ne pas soulever d'objections et celle de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen puisque « c'est par une décision unique que la Commission statue sur les deux aspects de la question »⁸⁹.

Enfin, elle constate que dans le cadre de la protection des droits procéduraux, le requérant « peut invoquer tout moyen de nature à démontrer que l'appréciation des informations et des éléments dont la Commission dispose, lors de la phase préliminaire d'examen de la mesure notifiée, aurait dû susciter des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun »⁹⁰. En effet, afin de démontrer que la Commission aurait dû ouvrir la procédure formelle, il appartient au requérant d'apporter la preuve d'existence de tels doutes.

Néanmoins, cela ne peut pas mener à une transformation de l'objet du recours ni à une modification des conditions de sa recevabilité. Par exemple, si un recours met en cause exclusivement le bien-fondé d'une décision, il ne peut pas être interprété par le juge comme visant en réalité à sauvegarder les droits procéduraux⁹¹.

Inversement, la référence aux droits procéduraux faite par l'entreprise ne peut pas être utilisée afin de contester le bien-fondé de la décision.

⁸⁷ CJUE, Arrêt de la Cour du 24 mai 2011, *Kronopoly*, aff. C-83/09 P, ECLI:EU:C:2011:341.

⁸⁸ *Ibid.*, point 51.

⁸⁹ *Ibid.*, point 52.

⁹⁰ *Ibid.*, point 59.

⁹¹ *Ibid.*, point 55.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE

Ainsi, le Tribunal rejeta comme irrecevables deux premiers moyens avancés par *Vtesse Networks*⁹² qui portaient sur une violation du droit primaire plutôt que la méconnaissance de ses droits procéduraux. En effet, la requérante faisait valoir, dans un premier temps, des erreurs manifestes de la Commission dans l'appréciation des faits et, dans un deuxième temps, que la mesure violait l'article 102 TFUE et alors ne rentrait pas dans le champ d'application de l'article 107 TFUE⁹³. Par conséquent, l'interprétation par le Tribunal de tels arguments conduirait à une requalification de l'objet du recours⁹⁴. Le troisième moyen, bien que portant sur la protection des droits procéduraux et examiné par le Tribunal, fut rejeté⁹⁵.

Quintessence de la jurisprudence, les concurrents sont censés démontrer que s'ils avaient eu l'opportunité de présenter leurs observations, ils auraient pu porter à l'attention de la Commission des éléments importants. Plus précisément, ils sont tenus d'indiquer que la Commission aurait dû avoir des doutes (ou difficultés) sérieuses à la fin de l'examen préliminaire, et alors ouvrir la procédure formelle d'examen afin d'examiner la mesure en profondeur⁹⁶. Cependant, ils ne peuvent pas s'appuyer sur l'argument que la Commission commit une erreur en appréciation elle-même, c'est-à-dire en ce qui concerne la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur ou le refus de sa qualification comme une aide d'État.

Malgré cette simplification, la Cour demeure réticente à l'acceptation de la recevabilité des recours. En effet, le pourcentage de réussite d'environ 40% est certainement plus élevé que celui concernant l'action en annulation sur le fond (environ 20%), mais il ne peut toujours pas être considéré que l'accès au juge sur la base de la protection des droits procéduraux soit vraiment aisé.

Il est important d'observer que seulement dans la période entre septembre à décembre 2018, le Tribunal procéda à l'annulation de quatre décisions relatives à l'absence de mise en œuvre de la procédure formelle d'examen, représentant dès lors une nouvelle approche très prometteuse pour les concurrents. Cependant, et compte tenu du fait que ces annulations peuvent faire, ou ont déjà fait l'objet d'un appel, il serait certainement prématuré d'annoncer la fin des difficultés pour les concurrents agissant dans le cadre de la protection de leur droits procéduraux.

⁹² Trib. UE, Arrêt du Tribunal du 5 novembre 2014, *Vtesse Networks*, aff. T-362/10, ECLI:EU:T:2014:928.

⁹³ *Ibid.*, respectivement points 66 et 67.

⁹⁴ *Ibid.*, point 75.

⁹⁵ *Ibid.*, points 80 à 98.

⁹⁶ L'article 4 paragraphe 3 et l'article 6 paragraphe 1 du règlement de procédure ; *Kronoply, op. cit.*, point 59.

3. UNE APPROCHE PARTICULIERE DE LA COUR AU MANQUE DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE

La question de la recevabilité du recours en annulation introduit par un concurrent contre une décision en matière d'aide d'État met en exergue la difficulté à laquelle les requérants non-privilegiés doivent faire face afin d'engager le contrôle de légalité. Autrement dit, ce cas nous oriente vers une critique plus générale du critère *Plaumann*. En effet, la Cour de Justice paraît tout à fait consciente des difficultés suscitées par son interprétation de l'article 263 alinéa 4 (3.1.). Néanmoins, elle ne semble pas déterminée pour remédier à ce problème, approche qui peut paraître obsolète (3.2.).

3.1. Un problème reconnu mais écarté

À la suite des imperfections de l'action en annulation et de ces alternatives, l'argument tiré du manque de la protection juridictionnelle effective fut à plusieurs reprises avancé par les requérants ne pouvant pas démontrer l'affectation individuelle dans le cadre du recours en annulation⁹⁷. Le problème d'accès à la justice causé par l'interprétation trop stricte de l'affectation individuelle était alors clair⁹⁸. Cependant, il fut spécifiquement adressé dans deux affaires, *Jégo-Quéré*⁹⁹ et *Unión de Pequeños Agricultores*¹⁰⁰, dans lesquelles la position définitive de la Cour sur ce point fut forgée. Bien que ces deux affaires portent sur la contestation d'un règlement du Conseil, la fermeté du juge de l'Union ne laisse pas de doute sur le fait que cette interprétation s'applique à l'ensemble des recours en annulation introduits par les acteurs non-privilegiés.

Une certaine révolution eut lieu dans le cadre du jugement du Tribunal dans la première des affaires susmentionnées. En effet, la société *Jégo-Quéré* cherchait à obtenir l'annulation des dispositions du règlement du Conseil imposant à certains navires de pêche un maillage minimal pour les différentes techniques de pêche. Cependant, la requérante n'a pas été considérée par le Tribunal comme individuellement concernée dès lors que les dispositions de portée générale la concernaient au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant dans une situation identique¹⁰¹.

⁹⁷ P. ex. *Sniace*, *op. cit.*, point 62 ; CJCE, Ordonnance de la Cour du 23 novembre 1995, *Asocarne*, aff. C-10/95, ECLI:EU:C:1995:406, point 21.

⁹⁸ P.ex. *Salamander*, *op. cit.*, points 74 et 75.

⁹⁹ TPICE, Arrêt du Tribunal du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, aff. T-177/01, ECLI:EU:T:2002:112, point ? et CJCE, Arrêt de la Cour du 1er avril 2004, *Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210, point ?

¹⁰⁰ Conclusions de l'Avocat Général Jacobs du 21 mars 2002 dans l'affaire *UPA*, aff. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:197, point ?

¹⁰¹ Arrêt du Tribunal dans *Jégo-Quéré*, *op. cit.*, point 30.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE

Au lieu de rejeter le recours comme irrecevable, le Tribunal décida d'examiner un autre argument de la requérante : celui tiré du fait que l'irrecevabilité du recours la priverait de toute voie de droit pour contester la légalité des dispositions attaquées, dès lors que le règlement ne prévoyait pas l'adoption par les États membres de mesure d'exécution¹⁰². Par conséquent, la requérante n'avait pas la possibilité d'introduire le recours devant la juridiction nationale qui pourrait aboutir à un renvoi préjudiciel.

Le Tribunal procéda alors à l'examen permettant d'établir si l'irrecevabilité priverait la requérante du droit à un recours effectif. Ainsi, il constata que ni un recours devant le juge national avec le renvoi préjudiciel ni la responsabilité non contractuelle de la Communauté ne peuvent garantir au justiciable ce droit fondamental¹⁰³.

Partant, le Tribunal observa la nécessité « de reconsidérer l'interprétation stricte [...] de la notion de personne individuellement concernée »¹⁰⁴. Il dit alors pour droit qu'indépendamment du nombre et de la situation d'autres personnes affectées, une personne directement concernée doit être considérée comme étant affectée individuellement à condition que « la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations »¹⁰⁵.

Ainsi, le Tribunal rejeta l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission puisque Jégo-Quéré était directement et individuellement concerné par la décision attaquée.

Les considérations du Tribunal dans cette affaire furent, pour une grande partie¹⁰⁶, influencées par l'opinion de l'Avocat Général Jacobs dans le cadre d'un pourvoi dans l'affaire *UPA*. En effet, en constatant qu'il serait impossible d'écarter la condition de l'affectation individuelle sur la base de la protection juridictionnelle effective, l'Avocat proposa « une nouvelle interprétation » de la notion même de personne individuellement concernée¹⁰⁷.

Il argua alors qu'il n'existait aucun argument justifiant l'obligation pour un particulier d'être individualisé de manière analogue à celle d'un destinataire ; contre toute logique, cela rendrait plus difficile le recours contre une décision lésant plusieurs personnes que contre celle

¹⁰² *Ibid.*, point 39.

¹⁰³ *Ibid.*, points 45 à 47.

¹⁰⁴ *Ibid.*, point 50.

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 51.

¹⁰⁶ Il s'agit plus particulièrement des considérations contenues dans les points 45 et 49 de l'arrêt du Tribunal.

¹⁰⁷ Conclusions dans l'affaire *UPA*, *op. cit.*, points 59 à 99.

causant des dommages à un nombre limité de victimes¹⁰⁸. Il proposa ensuite de baser l'appréciation de l'affectation individuelle sur l'examen si la mesure nuit ou est susceptible de nuire de manière substantielle aux intérêts du requérant¹⁰⁹.

La nouvelle approche permettrait (entre autres) d'éviter le déni de justice, d'améliorer la protection juridictionnelle, de clarifier la jurisprudence, de limiter le nombre de recours préjudiciels et de concentrer le contrôle juridictionnel sur des questions de fond¹¹⁰.

De surcroît, l'Avocat essaya de convaincre la Cour que l'introduction des changements correspondrait aux évolutions ayant lieu dans certains États membres, tels que la France ou la Grande Bretagne ainsi qu'à la jurisprudence de la CJUE sur le principe de la protection effective par les juridictions nationales¹¹¹. Enfin, il rejeta l'argument que les conditions strictes de recevabilité s'expliquent par le caractère législatif des mesures contestées¹¹².

Cette approche tout à fait novatrice et prometteuse devait être appréciée par la Cour de justice. Bien que cette dernière ait reconnu le droit à une protection juridictionnelle effective comme faisant partie des principes généraux de droit, elle se servit du concept de « système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes »¹¹³. Dès lors qu'il incombe aux États membres d'assurer un tel système conformément au principe de coopération loyale, examiner si l'irrecevabilité priverait le requérant du droit à la protection juridictionnelle effective reviendrait à examiner par la Cour des dispositions du droit national, excédant alors ses compétences¹¹⁴.

En ne se référant pas du tout à la solution proposée par l'Avocat général, la Cour termina par rejeter le pourvoi puisque la condition d'affectation individuelle ne pourrait pas être écartée à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective¹¹⁵.

Compte tenu de cette jurisprudence de la Cour, le pourvoi dans l'affaire *Jégo-Quéré* ne pouvait terminer que par le retour sur l'interprétation traditionnelle¹¹⁶. Depuis lors, une modification importante de l'article 263 alinéa 4 fut opérée par le Traité de Lisbonne, en permettant aux requérants non-privilegiés de former un recours contre les actes réglementaires

¹⁰⁸ *Ibid.*, point 59.

¹⁰⁹ *Ibid.*, point 60.

¹¹⁰ *Ibid.*, points 62 à 66.

¹¹¹ *Ibid.*, respectivement points 85 à 86 et 97.

¹¹² *Ibid.*, points 87 à 90.

¹¹³ *UPA*, point 40.

¹¹⁴ *Ibid.*, point 43.

¹¹⁵ *Ibid.*, point 44.

¹¹⁶ CJCE, Arrêt de la Cour dans l'affaire *Jégo-Quéré*, *op. cit.*, points 29 à 39.

qui les concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Pendant plusieurs années, cette disposition resta sans implication pour la situation des concurrents des bénéficiaires des aides d'État. Cela n'est que récemment, lors de l'affaire *Montessori* susmentionné, que l'utilité potentielle de cette disposition fut évoquée par la Cour. Néanmoins, la question d'accès au renvoi préjudiciel dans le cas d'impossibilité d'introduire un recours en annulation recevable, comme cela reste le cas principal pour les recours en matière d'aides d'État, ne provoqua plus de discussion au sein des cours européennes.

3.2. L'obsolescence de l'approche au critère d'affectation individuelle

L'interprétation des conditions de recevabilité des recours en annulation introduits par les personnes non-privilegiées est, selon certains auteurs, simplement obsolète. En effet, ce qui apparaissait approprié dans les années 1960 et 1970 ne l'est plus aujourd'hui, dès lors que, tant les priorités que la complexité de l'Union européenne ne correspondent pas à celles des Communautés européennes au moment de leur création¹¹⁷.

Premièrement, la jurisprudence *Plaumann* se situe dans un contexte d'une Communauté largement différente. En effet, depuis 1963, la Communauté de six États fondateurs devint l'Union européenne de vingt-huit membres, avec un élargissement du champ d'application du droit de l'Union ainsi qu'une intensité de la réglementation devenant de plus en plus conséquente¹¹⁸. En outre, cette jurisprudence précéda l'élaboration de ce que l'on appelle aujourd'hui « l'ordre juridique autonome » ou « un ordre juridique d'un genre nouveau »¹¹⁹ dès lors qu'elle intervint avant même que le principe de primauté du droit de l'Union soit prononcé par la Cour¹²⁰.

Comme l'observa l'Avocat général Jacobs :

« D'une part, la Communauté européenne est maintenant fermement établie et son processus législatif est, dans une large mesure, basé sur l'adoption de mesures à la majorité des voix au Conseil des ministres et au Parlement, et suffisamment robuste pour supporter un contrôle juridictionnel à l'instigation de particuliers. D'autre part, le droit communautaire affecte aujourd'hui les intérêts de particuliers de manière directe, fréquente et importante ; il existe, dès lors, en conséquence un

¹¹⁷ T. Arnulf, dans : A. Ward, *op. cit.*, pp. 258.

¹¹⁸ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*. L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2015, p. 30.

¹¹⁹ Sur ce point, voir notamment CJUE, Avis de la Cour du 18 décembre 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, points 153 à 177.

¹²⁰ Ce qui n'eut lieu qu'avec l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1964, *Costa contre ENEL*, aff. 6-64, ECLI:EU:C:1964:66.

plus grand besoin d'une protection juridictionnelle efficace contre des actes illégaux »¹²¹.

Par conséquent, il peut être argué que l'interprétation restrictive des conditions de l'article 263 alinéa 4 TFUE se situant dans un contexte si différent, les raisons pour limiter l'accès au Tribunal se présentent aujourd'hui comme ayant « peu d'intérêt »¹²².

Deuxièmement, peut être observée une sorte de dissonance entre les restrictions relatives à l'accès direct des individus au Tribunal et l'évolution de l'orientation de l'Union. En effet, le droit de l'Union européenne n'est plus un droit simplement économique mais se présente aussi comme un droit de personnes¹²³. L'objectif d'intégration économique laisse aujourd'hui la place à celui de développement de la citoyenneté européenne, de l'inclusion des citoyens dans l'élaboration des politiques de l'Union et ainsi, celui de doter l'Union d'une légitimité démocratique.

En effet, puisque les États membres souhaitent « renforcer la légitimité démocratique » des institutions¹²⁴, plusieurs réformes furent introduites par le traité de Lisbonne, particulièrement en ce qui concerne la Commission. Malgré cela, le système de « *checks and balances* » au niveau de l'Union est toujours considéré par certains comme insuffisant¹²⁵. Dans le même temps, le contrôle judiciaire joue un rôle primordial dans la légitimation des systèmes politiques, surtout ceux souffrant du déficit démocratique¹²⁶.

Troisièmement, le standard adopté par la Cour de justice par rapport à la protection juridictionnelle effective des individus ne correspond pas aux exigences posées aux États membres. En effet, bien qu'invoquer « l'existence de deux poids et deux mesures » pourrait être excessif, la jurisprudence concernant la protection de ce principe au niveau national rend « de plus en plus indéfendables » la sévérité dans l'interprétation de l'article 263 alinéa 4¹²⁷.

En effet, les interventions de la Cour dans l'autonomie procédurale des États membres ont notamment pour objet d'assurer l'effet utile du droit de l'Union¹²⁸. Ainsi, la Cour se montra

¹²¹ Conclusions dans l'affaire *UPA*, *op. cit.*, point 77.

¹²² *Ibid.*, point 77.

¹²³ C. Blumann, L. Dubouis, *op.cit.*, pp. 31.

¹²⁴ Paragraphe 2 du préambule du Traité sur l'Union Européenne.

¹²⁵ M. Merola, J. Derenne, (dir.) *The role of the Court of Justice in the European Union*, Bruylant, 2012, p. 42 à 44.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 30.

¹²⁷ Conclusions dans l'affaire *UPA*, *op. cit.*, point 98.

¹²⁸ D.-U. Galetta, *Procedural autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A study on the « Functional Procedural Competence » of EU Member States*, Springer, 2011, p. 20 et 21.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE

exigeante et conséquente en requérant de prévoir dans les systèmes nationaux des mesures garantissant le droit à un recours juridictionnel effectif¹²⁹.

Néanmoins, la Cour intervient avec moins de force en ce qui concerne les parties invoquant une violation de la part d'une institution de l'Union elle-même¹³⁰. De surcroît, même les conditions posées afin de satisfaire l'exigence d'intérêt à agir sont, dans l'opinion de certains auteurs, excessives par rapport à leurs homologues dans les droits nationaux¹³¹.

En outre, exiger des juges d'interpréter les règles procédurales nationales à la lumière du principe de la protection juridictionnelle effective peut paraître non crédible dans la mesure où la Cour de justice refuse une telle interprétation dans le cadre de l'admissibilité des recours en annulation¹³², ce qui fut clairement confirmé dans l'affaire *UPA* susmentionnée. Cette différence de traitement est d'autant plus curieuse que les doutes concernant la légitimité démocratique devraient logiquement résulter en un niveau de protection plus élevé au sein de l'Union européenne¹³³.

Quatrièmement, l'idée de renvoyer les requérants devant les tribunaux nationaux afin que ces derniers posent la question préjudicielle sur la validité d'un acte est critiquée du point de vue de répartition des compétences entre la Cour et le Tribunal¹³⁴. En effet, il paraît évident que le système juridique de l'Union soit structuré d'une manière réservant à la Cour les questions de droit les plus importantes et laissant au Tribunal les problèmes d'importance mineure¹³⁵.

Les questions sur la validité des décisions de la Commission se basent d'habitude sur des points techniques, ne constituant pas des questions de grande importance pour l'ensemble du système juridique de l'Union ou pour son interprétation¹³⁶. Des solutions à ces problèmes pourraient très bien être apportées par le Tribunal et leur gestion par la Cour n'est pas désirable¹³⁷.

¹²⁹ P.ex. CJCE, Arrêt de la Cour du 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, points 17 à 21.

¹³⁰ A. Ward, *op. cit.*, p. 261.

¹³¹ Selon P. Cassia dans *ibid.*, pp. 263.

¹³² A. Arnall, *op. cit.*, pp. 87.

¹³³ A. Ward, *op. cit.*, p. 260.

¹³⁴ P. Craig, *op. cit.*, p. 269.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

Finalement, le problème pourrait faire l'objet d'une analyse du point de vue économique. Il s'agit ici notamment d'une justification courante des rejets des recours, à savoir le fait que le requérant n'est pas « individualisé » par rapport à tous les autres opérateurs et alors les entreprises touchées sont trop nombreuses¹³⁸. Plus précisément, l'argument en vertu duquel l'activité concernée pourrait être exercée par n'importe qui et n'importe quand se montre en pratique peu raisonnable¹³⁹. En effet, le nombre d'entreprises sur le marché est déterminé par le simple principe de l'offre et la demande et la situation où il change de manière significative est peu probable¹⁴⁰.

De plus, le fait que plusieurs opérateurs économiques ressentent les effets négatifs de la décision prouve l'impact que cette dernière peut avoir sur les relations de concurrence et alors sur le marché intérieur. Dans ce cas-là, le contrôle de légalité semble alors d'autant plus nécessaire.

CONCLUSION

« Même si les compétences attribuées à la juridiction communautaire paraissent suffisantes pour assurer une protection juridictionnelle efficace aux justiciables, elles ne sont que dérisoires » en raison des exigences strictes concernant le *locus standi* des requérants¹⁴¹. Cette constatation concernant les requérants non-privilegiés selon l'article 263 alinéa 4 pourrait résumer pour une grande partie le problème des entreprises concurrentes contestant les décisions de la Commission en matière d'aides d'État.

En effet, l'interprétation des conditions de recevabilité par la Cour apparaît assez défavorable aux concurrents. Cette remarque se réfère principalement à la condition d'affectation individuelle : les interprétations du caractère individuel restent « fluctuantes et controversées »¹⁴² et alors « une image claire et précise de la jurisprudence relative au recours en annulation » n'est pas facile à donner¹⁴³. Par conséquent, le recours en annulation devant la CJUE présente des « lacunes importantes »¹⁴⁴ ainsi qu'il arrive que la pratique de la Cour soit décrite comme une attitude « plus royaliste que le roi »¹⁴⁵.

¹³⁸ V. Notamment *Vtesse Networks, op. cit.*, ; *Dansk Automat Brancheforening, op. cit.*, ou même *Plaumann, op. cit.*

¹³⁹ P. Craig, *op. cit.*, p. 306.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ A. Barav, *op. cit.*, p. 216.

¹⁴² V. Fauré, *op. cit.*, p. 254.

¹⁴³ Selon A. Canedo dans *ibid.*, p. 254.

¹⁴⁴ A. Ward, *op. cit.*, p. 329.

¹⁴⁵ A. Arnall, *op. cit.*, pp. 85.

DU RECOURS EN ANNULATION EN MATIERE D'AIDE D'ÉTAT VERS LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE DANS L'UNION EUROPEENNE

Cette interprétation stricte des conditions de recevabilité n'est pas compensée par une flexibilité plus large des règles relatives au renvoi préjudiciel¹⁴⁶. De plus, l'idée de renvoyer les justiciables devant les juridictions nationales afin de solliciter un renvoi préjudiciel en validité paraît inutilement complexe : l'objectif pourrait être atteint avec plus de simplicité et d'effectivité par l'atténuation des conditions d'accès au juge européen¹⁴⁷.

Les arguments tirés du besoin de la protection juridictionnelle effective, et alors de l'accès au juge européen, étaient systématiquement soulevés devant la Cour de justice¹⁴⁸. Les requérants n'arrivèrent pas à la convaincre à une atténuation des conditions de recevabilité. En revanche, le Tribunal prit la position que « la protection juridictionnelle des justiciables est déjà assurée dans des conditions appropriées »¹⁴⁹. L'arrêt de la Cour dans l'affaire *UPA*, laissant de côté une opinion tout à fait prometteuse de l'Avocat général Jacobs, mit fin à une courte discussion au sein de la Cour de justice de l'Union sur ce point. Pour plusieurs raisons, cette discussion pourrait et devrait être reprise, afin d'élaborer un standard plus fiable pour les concurrents engageant une action en annulation.

Le cas des entreprises concurrentes est représentatif des problèmes concernant le recours en annulation en général. On ne saurait alors se limiter à percevoir cette question comme étant de petite envergure : au contraire, il reste dans l'intérêt tant de l'Union européenne que dans celui de ses 500 millions de citoyens de donner l'effet utile aux dispositions concernées des traités constitutifs. La jurisprudence la plus récente de la Cour de Justice et du Tribunal suggère une tendance prometteuse, qui reste pourtant à confirmer dans les années qui suivront.

¹⁴⁶ G.-L. Tosato, L. Bellodi, *op. cit.*, p. 607.

¹⁴⁷ A. Arnall, *op. cit.*, pp. 87.

¹⁴⁸ A. Ward, *op. cit.*, p. 262.

¹⁴⁹ TPICE, Arrêt du Tribunal de première instance du 20 mars 1991, *Gloria Pérez-Mínguez*, aff. T-1/90, ECLI:EU:T:1991:17, point 43.

Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
12 Place du Panthéon, 75005 Paris
sslr@univ-paris1.fr
sorbonnestudentlawreview.org